



Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren nach § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 11 i.V.m. § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 ARegV i.V.m. § 9 ARegV

wegen Festlegung von Vorgaben für die Erhebung von Daten zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen für die vierte Regulierungsperiode in der Anreizregulierung

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

durch

ihren Vorsitzenden Alexander Lüdtker-Handjery,
ihre Beisitzerin Stefanie Scheuch
und ihren Beisitzer Roman Smidrkal

am 16.09.2022 beschlossen:

1. Alle Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen im Sinne des § 3 Nr. 2 EnWG sind verpflichtet, die von der Bundesnetzagentur zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen für die vierte Regulierungsperiode gem. § 9 Abs. 3 ARegV benötigten Daten in dem Umfang, in der Struktur und mit dem Inhalt, wie sie in der Anlage zur Festlegung vorgegeben sind, bis spätestens 15.12.2022 elektronisch an die Bundesnetzagentur zu übermitteln. Hiervon ausgenommen ist die Übermittlung der testierten Daten des Jahres 2022, die bis zum 31.07.2023 zu erfolgen hat.

Bundesnetzagentur für
Elektrizität, Gas, Telekommunikation,
Post und Eisenbahnen

Behördensitz
Bonn
Tulpenfeld 4
53113 Bonn
☎ (02 28) 14-0

Telefax Bonn
(02 28) 14-88 72

E-Mail
poststelle@bnetza.de
Internet
<http://www.bundesnetzagentur.de>

Bitte neue Bankverbindung beachten!
Bundeskasse Weiden
Dt. Bundesbank – Filiale Regensburg
BIC: MARKDEF1750
IBAN: DE08 7500 0000 0075 0010 07

Die Anlage zur Festlegung ist auf der Internetseite der Bundesnetzagentur unter der Adresse: <http://www.bundesnetzagentur.de>; Menüpunkte: „Beschlusskammern“ → „Beschlusskammer 4“ → „Produktivitätsfaktor (§ 9 Abs. 3 ARegV)“ abrufbar.

Betreiber von geschlossenen Verteilernetzen im Sinn von § 110 EnWG sind nicht Adressaten dieser Festlegung.

2. Die unter Ziffer 1 genannten Netzbetreiber haben die Daten ausschließlich elektronisch, unter Nutzung der aktuellen Version der von der Bundesnetzagentur zum Download bereitgestellten XLSX-Datei (Anlage zur Festlegung), vollständig und richtig ausgefüllt zu übermitteln. Beim Ausfüllen der XLSX-Datei dürfen keine Veränderungen an der Struktur der Datei – bspw. durch das Einfügen oder Löschen von Zeilen, Spalten oder Tabellenblättern – vorgenommen werden. Zusätzliche textliche Erläuterungen zu den einzelnen Daten sind in das Tabellenblatt „Erläuterungen“ des Erhebungsbogens einzufügen. Fragen zur Datenerhebung oder Übermittlungsschreiben sind an die E-Mail-Adresse produktivitaetsfaktor@bnetza.de zu richten. Eine zusätzliche postalische Übermittlung soll nicht erfolgen.
3. Für die elektronische Datenübermittlung nach Ziffer 2 haben die unter Ziffer 1 genannten Netzbetreiber das über die Internetseite <http://www.bundesnetzagentur.de> erreichbare Energiedaten-Portal der Bundesnetzagentur zu nutzen. Das Energiedaten-Portal ist direkt zugänglich unter der Adresse: <https://app.bundesnetzagentur.de/Energie>. Für die elektronische Übermittlung ist im Energiedaten-Portal das Verfahren „Datenübermittlung Produktivitätsfaktor Strom“ auszuwählen.
4. Sämtliche Dateien müssen vor der Übertragung im Energiedaten-Portal mit dem auf der Internetpräsenz der Bundesnetzagentur bereitgestellten Verschlüsselungsprogramm (abrufbar unter der Adresse: <http://www.bundesnetzagentur.de>; Menüpunkte: „Elektrizität und Gas“ → „Energie Monitoring / Datenübermittlung“) verschlüsselt werden.

Gründe

I.

Die Festlegung betrifft die Erhebung von Daten zur Ermittlung des für die Dauer der vierten Regulierungsperiode (2024 bis 2028) für Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen geltenden generellen sektoralen Produktivitätsfaktors (im folgenden auch Xgen). Die Bestimmung der Erlösobergrenzen nach § 4 ARegV erfolgt unter Berücksichtigung des nach § 9 ARegV zu ermittelnden generellen sektoralen Produktivitätsfaktors.

Gem. § 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.

Die Bundesnetzagentur hat den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor ab der dritten Regulierungsperiode jeweils 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. Die Bundesnetzagentur kann dafür die erforderlichen Daten, den Umfang, den Zeitpunkt und die Form der mitzuteilenden Daten sowie die zulässigen Datenträger und Übertragungswege festlegen. Sie kann auf die Verwendung der Daten von Netzbetreibern verzichten, die die Teilnahme am vereinfachten Verfahren nach § 24 Abs. 2 ARegV gewählt haben.

Die vierte Regulierungsperiode in der Anreizregulierung beginnt für Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen am 01.01.2024. Gem. § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV hat die Bundesnetzagentur den generellen, sektoralen Produktivitätsfaktor vor Beginn der jeweiligen Regulierungsperiode zu ermitteln. Die vorliegende Festlegung dient vor diesem Hintergrund dazu, die für die rechtzeitige Ermittlung erforderliche Datengrundlage zu schaffen bzw. zu vervollständigen.

Der Arbeitskreis Netzentgelte der Regulierungsbehörden des Bundes und der Länder wurde in seiner Sitzung vom 19.05.2022 über die Verfahrenseinleitung informiert (§ 55 Abs.1 S. 2 EnWG). Unter dem 27.07.2022 wurde der Beschlussentwurf gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG dem Bundeskartellamt und den Landesregulierungsbehörden zur Stellungnahme übersandt. Die Bayerische Landesregulierungsbehörde hat von diesem Recht Gebrauch gemacht. Dem Länderausschuss wurde in dessen Sitzung am 15.09.2022 Gelegenheit zur Stellungnahme gemäß § 60a Abs. 2 S. 1 EnWG gegeben.

Durch Mitteilung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur sowie im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Ausgabe 14/2022 hat die Beschlusskammer am 27.07.2022 die Einleitung des Verfahrens nach § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 11 ARegV i.V.m. § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 ARegV i.V.m. § 9 ARegV veröffentlicht. Zugleich hat die Beschlusskammer den Entwurf des Festlegungstextes auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlicht und den betroffenen Marktteilnehmern im Rahmen der Konsultation die Möglichkeit zur Stellungnahme bis zum 24.08.2022 eingeräumt. Von dieser Möglichkeit haben insgesamt 16 Unternehmen und zwei Verbände Gebrauch gemacht. Die Beschlusskammer beabsichtigt, diese Stellungnahmen auf der Internetseite der Bundesnetzagentur zu veröffentlichen. Die eingegangenen Stellungnahmen betreffen im Wesentlichen folgende Punkte:

Es wurde darauf hingewiesen, dass im Rahmen der Datenerhebung zur Ermittlung des Xgen für die dritte Regulierungsperiode Betreiber von geschlossenen Verteilernetzen gem. § 110 EnWG nicht zur Datenübermittlung verpflichtet waren und daher auch in diesem Verfahren hiervon freigestellt sein sollten.

Hinsichtlich der Frist zur Übermittlung der Daten bis einschließlich des Jahres 2021 wurde darauf hingewiesen, dass die Landesregulierungsbehörden von Baden-Württemberg, Hessen, Saarland und Thüringen die Abgabe der Kostendaten für die vierte Regulierungsperiode Strom erst für den 30.11.2022 vorsehen, so dass in diesen Fällen die vorgesehene Abgabefrist für den Xgen mit der Abgabefrist für die Kostendaten kollidiere, so dass diese zumindest für die betroffenen Netzbetreiber verlängert werden müsse. Darüber hinaus seien die neuen Abgabefristen für die Anträge zum Regulierungskonto und die Entgeltkalkulationen Strom und Gas zum Ende des Jahres 2022 zu beachten. Zur Sicherstellung der Datenqualität sei insbesondere im Hinblick auf kleine und mittlere Netzbetreiber, bei denen häufig dieselben Personen für die Abgabe der Regulierungsdaten zuständig seien, eine Fristverlängerung sinnvoll. Hinsichtlich der Daten des Jahres 2022 wurde eine Verlängerung auf den 31.08.2023 vorgeschlagen, um einen Gleichlauf mit der Frist der Beschlusskammer 8 zur Einreichung der testierten Jahresabschlüsse gem. § 6b EnWG zu erreichen.

Im Hinblick auf den Abfragezeitraum wurde angemerkt, dass die Daten des Jahres 2006 sowohl aufgrund ihrer Qualität als auch aufgrund ihrer Aussagekraft nicht bei der Ermittlung des Xgen zu berücksichtigen und mithin nicht zu erheben seien. Zum einen seien die Daten des Jahres 2006 nicht mehr vorhanden oder von fraglicher Qualität. So hätten sich im Rahmen der Datenerhebung zum Xgen für die 3. Regulierungsperiode beispielsweise die Angaben zur Entwicklung des Personalaufwandes bzw. der Arbeitsstunden als besonders auffällig herausgestellt. Zum anderen stelle das Jahr 2006 wegen der Einführung der ex-ante Netzentgeltregulierung, der erstmaligen Kostenprüfung und der Entflechtung des Netzbetriebs ein absolutes Ausnahmejahr dar, so dass die Daten durch Strukturbrüche und Sondereffekte verzerrt seien. Nach dem Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 16.03.2022 sei eine Einbeziehung des Jahres 2006 in den der Törnqvist-Methode zugrundeliegenden Betrachtungszeitraum zudem rechtlich nicht zulässig.

Im Zusammenhang mit dem Zeitraum der Datenabfrage wurde zudem auf die zehnjährige Aufbewahrungsfrist von Jahresabschlüssen gem. § 257 Abs. 4 und 5 HGB hingewiesen, wonach Daten aus der Zeit vor 2011 nicht mehr verfügbar sein könnten. Um die Datenqualität zu verbessern und Aufwand für die Netzbetreiber zu reduzieren, solle der Erhebungsbogen mit den bei der Bundesnetzagentur vorhandenen Daten vorbefüllt werden.

Über den zeitlichen Aspekt hinaus seien auch inhaltliche Anpassungen, insbesondere im Hinblick auf die Abfrage der Umlagesachverhalte, erforderlich. Zudem sei eine Erweiterung der Datenerhebung zur Bildung eines sachgerechten Netzentgeltdeflators notwendig.

Weitere Vorschläge zur Anpassung des Erhebungsbogens betreffen die abgefragten Positionen bzw. Anlagengruppen, die zugrundeliegenden Definitionen und die Ausfüllhinweise. Beispielsweise sollten immaterielle Vermögensgegenstände und Anlagen im Bau in die Abfrage aufgenommen, detaillierte Angaben zu Passiva hingegen aus der Abfrage gestrichen oder zumindest der Zweck der Abfrage erläutert werden. Darüber hinaus wurden technische Änderungen wie die Einführung einer Änderungshistorie gegenüber der Datenabfrage zur dritten Regulierungsperiode sowie eine Modifizierung des Blattschutzes vorgeschlagen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Verfahrensakte Bezug genommen.

II.

Der Beschluss ist rechtmäßig. Er beruht auf einer rechtmäßigen Anwendung des nationalen Rechts auch vor dem Hintergrund der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 02.09.2021, C-718/18. Eine Rechtsgrundlage für den Beschluss liegt vor. Der Beschluss ist formell und materiell rechtmäßig.

A) Vollständige Anwendung des nationalen Rechts auch vor dem Hintergrund des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 02.09.2021, C-718/18

Die Beschlusskammer hat in rechtmäßiger Weise die Vorgaben des nationalen Rechts in Form der normativen Regulierung, soweit diese im vorliegenden Verfahren Anwendung finden und von der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (Urteil vom 02.09.2021, C-718/18) erfasst werden, für ihre Entscheidung herangezogen. Als „normative Regulierung“ werden im Allgemeinen solche Regeln des nationalen Gesetz- und Verordnungsgebers (z.B. in StromNEV, GasNEV und ARegV) bezeichnet, die konkrete methodische und materielle Vorgaben für die Regulierung durch die Bundesnetzagentur enthalten. Die Pflicht zur Anwendung dieser nationalen Vorgaben folgt aus Art. 20 Abs. 3 GG und gilt auch angesichts der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs fort, bis sie vom Gesetz- bzw. Verordnungsgeber außer Kraft gesetzt oder neu geregelt werden. Dies hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden (vgl. BGH, Beschluss vom 08.10.2019, EnVR 58/18, Rn. 60 ff. – juris, siehe auch OLG Düsseldorf vom 11.02.2021, VI-5 Kart 10/19 [V], S. 10 ff., OLG Düsseldorf vom 28.04.2021, VI-3 Kart 798/19 [V], S. 72 ff., OLG Schleswig vom 11.01.2021, 53 Kart 1/18, S. 27 ff.).

I. Der Europäische Gerichtshof hat zwar in seiner Entscheidung festgestellt, dass die normative Regulierung in Deutschland insgesamt mit der in Art. 37 Richtlinie 2009/72/EG (heute Art. 59 Richtlinie (EU) 2019/944) sowie in Art. 41 Richtlinie 2009/73/EG geregelten ausschließlichen Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde unvereinbar ist und die Richtlinien insoweit durch die Bundesrepublik Deutschland nicht bzw. fehlerhaft umgesetzt wurden. Insoweit hat der Europäische Gerichtshof der vierten Rüge stattgegeben, mit der die Kommission Deutschland vorgeworfen hatte, es habe die in den Richtlinien vorgesehenen ausschließlichen Zuständigkeiten der NRB verletzt, indem es im deutschen Recht die Bestimmung der Methoden zur Berechnung oder Festlegung der Bedingungen für den Anschluss an und den Zugang zu den nationalen Netzen, einschließlich der anwendbaren Tarife, der Bundesregierung und nicht der nationalen Regulierungsbehörde zugewiesen habe.

II. Der Europäische Gerichtshof hat aber weder über die Zuständigkeitsfragen hinausgehend einen materiell-rechtlichen Verstoß einzelner Vorgaben der normativen Regulierung gegen EU-Recht gerügt, noch hat er sich ausdrücklich zu der Frage geäußert, ob die normative Regulierung bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der nationale Gesetz- und Verordnungsgeber den festgestellten Verstoß beseitigt, weiter anwendbar ist. Der EuGH hat sich insbesondere auch nicht explizit zu der Frage geäußert, ob die Richtlinienbestimmungen über die ausschließliche Zuständigkeit unmittelbar anwendbar sind.

III. Die Regelungen der normativen Regulierung sind nicht nichtig. Weder nach den Grundsätzen des europäischen Rechts noch nach nationalem Recht führt der Verstoß einer nationalen Regelung gegen Unionsrecht zu deren Nichtigkeit (vgl. BGH, Beschluss vom 08.10.2019, EnVR 58/18, Rn. 61 ff. – juris). Vielmehr sind die Grundsätze des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts vor nationalem Recht zu beachten.

Zudem scheidet eine richtlinienkonforme Auslegung der Vorschriften der normativen Regulierung aus. Der Europäische Gerichtshof sieht zwar sowohl in der an die Bundesregierung gem. § 24 EnWG erfolgten Zuweisung von Zuständigkeiten, als auch in den bindenden Vorgaben der normativen Regulierung eine mit den oben genannten Richtlinien unvereinbare Beschränkung der ausschließlichen Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde (vgl. EuGH

a.a.O., Rz. 101 f., 115 f. – juris). Eine Umdeutung der nationalen Vorgaben in nicht bindende Programmsätze, die die ausschließliche Zuständigkeit der Regulierungsbehörde nicht beeinträchtigen, kommt angesichts des eindeutigen Wortlauts, der Systematik und des Regelungszwecks der Vorschriften der normativen Regulierung jedoch nicht in Betracht (Verbot der contra legem-Auslegung, vgl. BGH, Beschluss vom 08.10.2019, EnVR 58/18, Rn. 66 ff. – juris).

Der Grundsatz vom Anwendungsvorrang des Unionsrechts führt indes nicht dazu, die Vorschriften der normativen Regulierung unangewendet zu lassen. Der Anwendungsvorrang besagt, dass eine nationale Regelung, die mit einer unmittelbar geltenden Regelung des Unionsrechts unvereinbar ist, von nationalen Behörden und Gerichten nicht angewendet werden darf (vgl. Streinz, EUV, 3. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 40; Ruffert, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV, Rn. 69 f.). Dieser Grundsatz gilt jedoch nur, soweit unmittelbar anwendbares Unionsrecht betroffen ist (vgl. EuGH, Urteil vom 24.06.2019, C-573/17, Rn. 62 – juris). Die normative Regulierung verstößt nicht gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht. Die hier maßgeblichen Richtlinienbestimmungen über die ausschließliche Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde, mit denen die Vorgaben der normativen Regulierung unvereinbar sind, sind nicht unmittelbar anwendbar.

IV. Damit eine Richtlinienbestimmung unmittelbar angewendet werden kann, müssen spezifische Voraussetzungen vorliegen (Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, 71. EL August 2020, Art. 288 Rn. 149). Der Europäische Gerichtshof geht von der unmittelbaren Anwendbarkeit einer nicht oder nicht ordnungsgemäß umgesetzten Richtlinienbestimmung nach Ablauf der Umsetzungsfrist aus, wenn die Bestimmung hinreichend genau und inhaltlich unbedingt ist. Zudem können die Bestimmungen einer Richtlinie grundsätzlich nur Rechte, aber keine Pflichten eines Einzelnen begründen (sog. Belastungsverbot). Insofern kommt auch eine objektive unmittelbare Wirkung vorliegend nicht in Betracht. Im Einzelnen:

1. Die Richtlinienvorgaben sind nicht unbedingt. Eine Unionsvorschrift ist inhaltlich unbedingt, wenn sie eine Verpflichtung normiert, die an keine Bedingung geknüpft ist und zu ihrer Durchführung oder Wirksamkeit auch keiner weiteren Maßnahmen der Unionsorgane oder der Mitgliedstaaten bedarf. Die Richtlinienbestimmungen über die ausschließliche Zuständigkeit sind nicht als inhaltlich unbedingt anzusehen.

Gegenwärtig fehlt es an den erforderlichen und zureichenden Umsetzungsnormen im nationalen Recht. Das betrifft sowohl die konkrete umfassende Aufgabenzuweisung als auch die für einen Eingriff erforderliche Ermächtigungsgrundlage. Die Bundesnetzagentur hat nach nationalem Recht gegenwärtig (nur) die Befugnis, die Vorgaben der normativen Regulierung anzuwenden und ggf. unter Rückgriff auf § 29 EnWG je nach Festlegungsermächtigung weiter auszugestalten und zu konkretisieren. Sie hat aber mangels entsprechender Aufgabenzuweisung durch den Gesetzgeber nicht die übergeordnete, allgemeine und uneingeschränkte Befugnis, die ihr nach den Richtlinien vorbehaltenen Aufgaben vollumfänglich und selbständig auszuüben (vgl. EuGH a.a.O., Rz. 105 – juris) beispielsweise also die Methoden oder Bedingungen für den Netzanschluss und den Netzzugang frei festzulegen oder zu genehmigen (vgl. nur § 24 S. 1 Nr. 1 EnWG). Dass es hierzu einer umfassenden mitgliedstaatlichen Aufgabenzuweisung bedarf, entspricht im Übrigen auch dem europäischen Leitbild, wonach die Mitgliedstaaten zur Einrichtung von Regulierungsbehörden mit spezifischen Zuständigkeiten verpflichtet sind (vgl. Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2009/72/EG bzw. Erwägungsgrund 29 der Richtlinie 2009/73/EG). Die Mitgliedstaaten verfügen bei der Organisation und Strukturierung der Regulierungsbehörde zwar über eine Autonomie, haben diese aber unter vollständiger Beachtung der in den Richtlinien festgelegten Ziele und Pflichten auszuüben und insoweit sicherzustellen, dass die Regulierungsbehörde bei der Ausübung der ihr vorbehaltenen Zuständigkeiten ihre Entscheidungen autonom treffen kann (vgl. EuGH, a.a.O., Rz. 119 – juris). Dieser Befund wird auch durch das in der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs mündende Vertragsverletzungsverfahren bestätigt: Gegenstand der Rüge durch die Europäische Kommission war nicht die fehlerhafte Ausübung einer nach nationalem Recht bereits ordnungsgemäß zugewiesenen ausschließlichen Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde, sondern der Umstand, dass eine den Richtlinien entsprechende umfassende Aufgabenzuweisung an die nationale Regulierungsbehörde im nationalen Recht bislang nicht erfolgt ist (vgl. EuGH a.a.O., Rz.

88 – juris). Vielmehr liegt hier eine fehlerhafte Aufgabenzuweisung vor (EuGH, a.a.O., Rz. 130); diese kann und muss durch den Mitgliedstaat korrigiert werden, der dann die noch möglichen Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten vorsehen kann (EuGH a.a.O., Rz. 126, 127).

2. Mit der unmittelbaren Anwendung der Richtlinien wären Belastungen Einzelner verbunden, sodass eine solche ausscheidet. Zwar ist die Einräumung subjektiver Rechte keine Voraussetzung für eine unmittelbare Anwendbarkeit (woran es vorliegend wegen des Verstoßes gegen objektiv geprägte Zuständigkeitsnormen auch fehlen würde), allerdings gilt das Belastungsverbot. Wenn der Bundesnetzagentur aus einer unmittelbaren Anwendung der Richtlinie weitergehende oder jedenfalls anders ausgestaltete Kompetenzen zukämen, könnte sich dies je nach Einzelfall zugunsten, aber auch zu Lasten bestimmter Beteiligter auswirken. Daraus wiederum könnten sich Belastungen ergeben, die nach Auffassung des Bundesgerichtshofs nur durch das europäische Primärrecht oder durch EU-Verordnungen begründet werden können, nicht aber durch Richtlinien (vgl. BGH, Beschluss vom 08.10.2019, EnVR 58/18, Rn. 73 – juris).

Eine Belastung würde sich zudem bereits aus dem Heranziehen der Richtlinien als Ermächtigungsgrundlage ergeben. Dies wäre europarechtlich unzulässig. Sofern die Richtlinienbestimmungen über die ausschließliche Zuständigkeit als inhaltlich unbedingt anzusehen wären, müssten sie von der Bundesnetzagentur unmittelbar als Ermächtigungsgrundlage auch für belastende Regulierungsentscheidungen herangezogen werden. Anders als in den vom Europäischen Gerichtshof entschiedenen Fällen, in denen er eine unmittelbare Belastung durch Richtlinienrecht verneinte, weil die Belastung erst durch ein Verwaltungsverfahren auf Basis nationalen Rechts eintrat, würden vorliegend die Richtlinienbestimmungen als solche unmittelbar gegenüber den Betroffenen herangezogen werden und als materiell-rechtliche Befugnisnormen für belastende Verwaltungsverfahren und Regulierungsentscheidungen fungieren. Soweit ersichtlich existiert bislang keine hier einschlägige Judikatur, in der der EuGH es für europarechtskonform eingestuft hätte, dass eine Richtlinienbestimmung als eigenständige Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in Rechte des Einzelnen herangezogen werden darf.

3. Eine ausnahmsweise objektive unmittelbare Wirkung der Richtlinienbestimmungen bezogen auf die ausschließliche Zuständigkeit scheidet ebenfalls aus. Der Europäische Gerichtshof hat eine objektive unmittelbare Wirkung von Richtlinienbestimmungen anerkannt, aus denen sich für staatliche Stellen eindeutige Pflichten ergeben. Konkret ging es beispielsweise um die nicht rechtzeitig in nationales Recht umgesetzte Pflicht der zuständigen Behörde zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens für die Errichtung eines Wärmekraftwerks (EuGH, Urteil vom 11.08.1995, C-431/92 – Wärmekraftwerk Großkrotzenburg).

Zwar mag sich vorliegend aus den Richtlinienbestimmungen über die ausschließliche Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde die Verpflichtung ergeben, von dieser Zuständigkeit auch Gebrauch zu machen, um den Zielsetzungen der Richtlinien hinreichend Rechnung tragen zu können. Anders als im Fall des Wärmekraftwerks Großkrotzenburg ist diese Verpflichtung vorliegend jedoch nicht inhaltlich unbedingt. Im vom Europäischen Gerichtshof entschiedenen Fall konnte die zuständige Behörde der Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung ohne Weiteres nachkommen, weil diese als unselbstständiger Bestandteil des nach nationalem Recht vorgesehenen und ihr bereits zugewiesenen Genehmigungsverfahrens durchzuführen war. Demgegenüber kann die Bundesnetzagentur die ihr nach den Richtlinienbestimmungen zugewiesene ausschließliche Zuständigkeit erst ausüben, wenn ihr entsprechende Befugnisse nach nationalem Recht eingeräumt werden (siehe oben).

V. Ungeachtet der Tatsache, dass die Richtlinienbestimmungen nicht unmittelbar anwendbar sind, sprechen aus Sicht der Beschlusskammer weitere erhebliche Gründe dafür, die Vorgaben der normativen Regulierung in der Übergangszeit zur Anwendung zu bringen. Die Nichtanwendung der normativen Regulierung in der Übergangszeit würde zu einem Zustand führen, der mit den Zielsetzungen der genannten Richtlinien erst recht unvereinbar wäre (so auch BGH, Beschluss vom 08.10.2019, EnVR 58/18, Rn. 76).

Die Richtlinien verlangen, dass zumindest die Methoden zur Berechnung oder Festlegung der Bedingungen u.a. für den Netzanschluss und den Netzzugang „mit ausreichendem Vorlauf vor deren Inkrafttreten“ festgelegt oder genehmigt werden, vgl. Art. 41 Abs. 6 der Richtlinie 2009/73/EG und Art. 59 Abs. 7 der Richtlinie (EU) 2019/944. Diesem Gebot der ex ante-Regulierung wird in Deutschland gegenwärtig zu einem großen Teil über die Vorgaben der normativen Regulierung Rechnung getragen. Die normative Regulierung strukturiert die Methoden für die Berechnung der Tarife vor und legt ex ante die wesentlichen Bedingungen für den Netzanschluss und den Netzzugang fest. Sie regelt unmittelbar Rechte und Pflichten für Netzbetreiber und andere Marktakteure und schafft auf diese Weise den von den Richtlinien geforderten transparenten und vorhersehbaren, verlässlichen Regulierungsrahmen. Bestehende Festlegungen und Genehmigungen der Bundesnetzagentur, die sie im Rahmen ihrer bisherigen Zuständigkeiten erlassen hat, tragen zwar ebenfalls zu der erforderlichen ex ante-Regulierung bei, dies jedoch nur in Teilbereichen und in Ergänzung der normativen Regulierung und damit nicht in dem von der Richtlinie geforderten Umfang.

Ein faktisches Außerkrafttreten der Vorgaben der normativen Regulierung würde daher zu beträchtlichen Regelungslücken und damit einhergehend erheblichen Rechtsunsicherheiten für alle Marktbeteiligten führen. Auch dies wäre mit den genannten Richtlinienvorgaben und den Zielsetzungen des Energiebinnenmarkts schwerlich vereinbar. Beispielsweise dürfte eine derart unklare Rechtslage im Übergangszeitraum kaum Investitionsanreize setzen und Unsicherheiten für die unternehmerische Tätigkeit der regulierten Unternehmen und auch der sonstigen Marktteilnehmer auslösen. Für den Übergangszeitraum ist es daher sinnvoll und angebracht, stabile und berechenbare Verhältnisse zu gewährleisten.

B) Ermächtigungsgrundlage

Die vorliegende Festlegung beruht auf § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 11 ARegV i.V.m. § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 ARegV i.V.m. § 9 ARegV. Danach ist die Regulierungsbehörde zur Verwirklichung eines effizienten Netzzugangs, der in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Zwecke und zur Bestimmung der Erlösobergrenzen befugt, die zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors erforderlichen Daten zu erheben und Umfang, Zeitpunkt und Form der mitzuteilenden Daten sowie die zulässigen Datenträger und Übertragungswege festzulegen.

C) Zuständigkeit der Bundesnetzagentur

Die Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen beruht auf § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 2a ARegV i.V.m. § 9 Abs. 3 ARegV. Die Bundesnetzagentur ist gemäß § 54 Abs. 3 S. 3 Nr. 4 EnWG die für den bundeseinheitlichen Erlass dieser Festlegung zuständige Regulierungsbehörde. Insoweit handelt es sich bei der Anreizregulierungsverordnung, auf deren Grundlage der generelle sektorale Produktivitätsfaktor – wie aufgezeigt – festgelegt wird, um eine Verordnung nach § 21a Abs. 6 Nr. 2, 3 EnWG.

Für die vorliegende bundeseinheitliche Festlegung zur Datenerhebung ist die Bundesnetzagentur kraft Sachzusammenhangs bzw. im Wege einer Annexzuständigkeit ebenfalls zuständig. Vor dem Hintergrund, dass hinsichtlich des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors die Notwendigkeit eines bundeseinheitlichen Vorgehens gegeben ist, ist bezüglich der Erhebung der für die Sachentscheidung notwendigen Daten ein Gleichlauf im Hinblick auf die Zuständigkeit erforderlich. Andernfalls könnte der Sinn und Zweck der bundeseinheitlichen Vorgehensweise hinsichtlich der zu treffenden Sachentscheidung leerlaufen. So wäre die Bundesnetzagentur zwar berechtigt, den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor bundeseinheitlich festzulegen, aber gleichzeitig nicht dafür zuständig, alle für ihre Sachentscheidung erforderlichen Daten zu erheben. Vielmehr müssten die Landesregulierungsbehörden die Daten der Netzbetreiber in Länderzuständigkeit erheben, obwohl sie für die Sachentscheidung nicht zuständig

wären. Ein solches Auseinanderfallen von Zuständigkeit zur Sachentscheidung und Zuständigkeit zur Datenerhebung wäre weder verfahrensökonomisch sinnvoll noch im Ergebnis sachgerecht. Denn die Entscheidung, welche Daten für die Sachentscheidung im Sinn von § 27 Abs. 1 ARegV notwendig sind, muss einheitlich erfolgen. Andernfalls stünde zu befürchten, dass die Datengrundlage, auf der die Bundesnetzagentur den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor bundeseinheitlich festlegt, je nachdem – welche Daten die jeweilige Landesregulierungsbehörde jeweils als erforderlich angesehen hat – nicht belastbar wäre. Zur Sicherung einer insoweit einheitlichen Vorgehensweise bedarf es daher auch im Hinblick auf die Datenerhebung für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor einer bundesweit verbindlichen Festlegung durch die Bundesnetzagentur.

D) Zuständigkeit der Beschlusskammer

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer ergibt sich aus § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG.

E) Adressaten der Festlegung

Die Festlegung verpflichtet ausweislich Tenorziffer 1 alle Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen im Sinn von § 3 Nr. 2 EnWG. Klarstellend sei insoweit konkretisiert, dass somit sowohl die Betreiber von Übertragungsnetzen als auch die Betreiber oder Elektrizitätsverteilernetzen aus ganz Deutschland durch diese Festlegung verpflichtet werden. Von der in § 9 Abs. 3 S. 3 ARegV vorgesehenen Möglichkeit, bei der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors auf die Verwendung der Daten von Netzbetreibern zu verzichten, die die Teilnahme am vereinfachten Verfahren nach § 24 Abs. 2 ARegV gewählt haben, hat die Beschlusskammer keinen Gebrauch gemacht.

Betreiber von geschlossenen Verteilernetzen im Sinn von § 110 EnWG sind nicht Adressaten dieser Festlegung. Ein Verteilernetz gilt gemäß § 110 Abs. 3 S. 3 EnWG ab vollständiger Antragstellung bis zur Entscheidung der Regulierungsbehörde als geschlossenes Verteilernetz.

F) Umfang der Datenabfrage

Eine belastbare, einheitliche Datengrundlage ist unabdingbare Voraussetzung für die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für die vierte Regulierungsperiode in der Anreizregulierung. Im Hinblick auf den Umfang der zu erhebenden Daten gestaltet die Beschlusskammer mit der vorliegenden Festlegung die Vorgaben des § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 ARegV aus. Danach erhebt die Beschlusskammer bei den Netzbetreibern die zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach § 9 ARegV erforderlichen Daten. Der in § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV formulierten zeitlichen Vorgabe entsprechend, wonach die Bundesnetzagentur den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor jeweils vor Beginn der Regulierungsperiode für die gesamte Regulierungsperiode zu ermitteln hat, wird die Beschlusskammer den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor im Jahr 2023 festlegen. Für dessen Ermittlung sind etwaige Besonderheiten der Einstandspreisentwicklung und des Produktivitätsfortschritts in der Netzwirtschaft gegenüber der Gesamtwirtschaft zu betrachten. Im Rahmen eines von der Bundesnetzagentur im Jahr 2016 in Auftrag gegebenen Gutachtens¹ zur Bewertung von existierenden wissenschaftlichen Methoden hat der Gutachter hinsichtlich der Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors zwei maßgebliche Methoden analysiert. Dabei handelt es sich um den Törnqvist-Mengenindex und den Malmquist-Produktivitätsindex. Beide Methoden haben unterschiedliche Anforderungen an die jeweilige Datenbasis.

¹ wik (2016), Gutachten zur Bestimmung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors, im Auftrag der Bundesnetzagentur

Im Rahmen des Törnqvist-Mengenindex wird zur Ermittlung des Produktivitätsfaktors auf Daten der Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung (fortan: VGR-Daten) abgestellt. Zu den relevanten VGR-Daten zählen u.a. der Produktionswert, die Vorleistungen, die Bruttowertschöpfung und das Bruttoanlagevermögen. Branchenspezifische und deutschlandweite VGR-Daten werden vom statistischen Bundesamt veröffentlicht. Das Statistische Bundesamt verwendet eigens erhobene Kostenstrukturdaten als Basis für die Berechnung der Daten der Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnungen. Diese VGR-Daten werden vom Statistischen Bundesamt auf verschiedenen Aggregationsstufen veröffentlicht. Allerdings erfolgt keine Veröffentlichung von VGR-Daten auf der Ebene der Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen (sog. 4-Steller-Ebene). Zudem hat das Statistische Bundesamt der Beschlusskammer schon im Januar 2017 mitgeteilt, dass keine VGR-Daten auf der sog. 4-Steller-Ebene vorliegen, sodass diese der Beschlusskammer nicht zur Verfügung gestellt werden können. An diesem Sachverhalt hat sich in Bezug auf die aktuelle Datenabfrage nichts verändert. Auf der 3-Steller-Ebene sind daher lediglich VGR-Daten vorhanden, die die Wertschöpfungskette der Stromversorgung mit den Bestandteilen Stromerzeugung, Stromhandel und Stromverteilung erfassen. Diese VGR-Daten sind aber für die Ermittlung der Produktivität der Netzbetreiberbranche nicht ohne Einschränkungen verwertbar, da es sich eben nicht allein um die Daten von Netzbetreibern handelt. Soweit eine valide Datengrundlage auf Netzbetreiberebene gebildet werden kann, ist diese nach Einschätzung der Beschlusskammer jedenfalls gegenüber den VGR-Daten auf der 3-Steller-Ebene vorzugswürdig. Zudem variiert die Anzahl der von dem Statistischen Bundesamt jährlich einbezogenen Unternehmen. Darüber hinaus fehlt es an verfügbaren Daten zur Bestimmung eines entsprechenden Einstandspreisdifferentials, da die relevanten Daten von dem Statistischen Bundesamt nicht veröffentlicht werden bzw. bereitgestellt werden können.

Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Auswahl, welche der Methoden zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für die vierte Regulierungsperiode in der Anreizregulierung geeignet ist, ohne die entsprechende Datengrundlage nicht erfolgen kann, da die Sachgerechtigkeit der Methoden abschließend erst in Folge ihrer Anwendung auf einer entsprechenden Datengrundlage beurteilt werden kann. Sowohl die Entscheidung über die Sachgerechtigkeit der vorgenannten Methoden als auch die darauf basierende Ableitung eines Wertes für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor für die vierte Regulierungsperiode in der Anreizregulierung kann somit erst in einem folgenden Verfahren erfolgen. Eine Vorfestlegung auf eine bestimmte Methode erfolgt mit der vorliegenden Festlegung gerade nicht.

Vor diesem Hintergrund sieht die Beschlusskammer in Ausübung des ihr eingeräumten Beurteilungsspielraums – analog zur Datenabfrage für die Festlegung des Xgen der dritten Regulierungsperiode – eine Datenerhebung für die Bestimmung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen unter Berücksichtigung des Törnqvist-Mengenindex als erforderlich an. Die Datenerhebung ermöglicht es, ein umfassendes Bild der sektoralen Entwicklung im Bereich der Elektrizitätsversorgungsnetze zu erlangen. Aus der für die Beantwortung der Frage nach der Erforderlichkeit allein maßgeblichen „ex ante“-Perspektive ist für die mit der vorliegenden Festlegung durchgeführte Datenerhebung keinesfalls abzusehen, dass die erhobenen Daten unter keinem Gesichtspunkt für den der Datenabfrage zugrunde liegenden Zweck Bedeutung haben könnten. Denn zum Zeitpunkt des Erlasses der Festlegung konnte – wie bereits ausgeführt – noch keine sachgerechte Entscheidung hinsichtlich der finalen Methodik getroffen werden. Eine vorweggenommene „ex post“-Betrachtung verbietet sich insoweit auch bei der Festlegung des Xgen für die vierte Regulierungsperiode.

Aufgrund der im Rahmen des Konsultationsverfahrens eingegangenen Stellungnahmen hat die Beschlusskammer die Datenabfrage, über redaktionelle Korrekturen hinaus, auch inhaltlich angepasst.

Der Vorschlag einer abweichenden Ermittlung eines Netzentgeltdeflators durch Erweiterung der Datenerhebung um die Zuführung/Inanspruchnahme von Rückstellungen für Mehrerlösabschöpfung zur Bereinigung der Umsatzerlöse, die Abfrage der Netzentgelte/Preisblätter für

die Niederspannung, Mittelspannung, Hochspannung und Höchstspannung einschließlich unterjähriger Netzentgeltanpassungen sowie die Abfrage der von Letztverbrauchern in der jeweiligen Netz- und Umspannebene entnommenen Jahresarbeit wird hingegen nicht umgesetzt.

Als Deflator für die Umsatzerlöse werden die durchschnittlichen Netzentgelte der Haushalts-, Gewerbe- und Industriekunden der Jahre 2006 bis 2022 herangezogen, da die Netzentgelte den wesentlichen Einflussfaktor für die Umsatzerlöse darstellen. Dieser Index beruht auf den Zahlen, die dem Monitoringbericht gem. § 63 Abs. 3 i.V.m § 35 EnWG zugrunde liegen (im folgenden auch Monitoring-Index). Einwendungen gegen die grundsätzliche Geeignetheit des Monitoring-Index bei der Ermittlung des Netzentgeltdeflators hat das Oberlandesgericht Düsseldorf im Rahmen der Beschlüsse vom 16.03.2022 zurückgewiesen².

Auch der Vorschlag, Daten zu Anlagen im Bau in die Abfrage aufzunehmen, wird nicht umgesetzt. In die Betrachtung der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung fließen ausschließlich GuV-Positionen ein. Ausgehend von der Kapitalseite sind hier nur die Abschreibungen aufzunehmen. Da diese aber konstant gehalten werden, ist die Position in der Betrachtung nicht relevant, da sie keine Abschreibungen generiert. Bei der Betrachtung des Produktivitätsfortschritts könnten Anlagen im Bau zwar beim Inputindex einbezogen werden, hierzu müsste aber ein Preisindex definiert werden, der eine Tagesneuwertberechnung ermöglicht. Auch müssten die Anlagen im Bau bzw. die geleisteten Arbeitsstunden dann dissagregiert werden, da geleistete Arbeitsstunden auch in die Anlagenerrichtung eingehen und damit den Effekt bereits teilweise abdecken. Bei der Betrachtung des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts kommt es im Ergebnis nur auf die Veränderung einer Position und nicht deren Höhe an. Damit der Effekt, dass bei einem Anstieg bei den Anlagen im Bau zwangsläufig auch mehr Arbeitsstunden geleistet werden, beim Produktivitätsfortschritt nicht doppelt berücksichtigt wird, müsste dieser wieder herausgefiltert werden.

Die Festlegung verpflichtet die Netzbetreiber daher, die in der Anlage zur Festlegung geforderten Angaben vorzunehmen. Dabei werden insgesamt 57 Einzelwerte und Daten für das Anlagevermögen der Jahre 2006 bis 2022 abgefragt. Die in der Anlage zur Festlegung enthaltene XLSX-Datei besteht aus sechs Tabellenblättern. Auf das Tabellenblatt „Stammdaten“, das auch als Deckblatt fungiert, folgt das Tabellenblatt „Ausfüllhilfe“. Dieses gibt den Netzbetreibern Hilfestellungen für das Ausfüllen der folgenden Tabellenblätter und macht kenntlich, soweit Daten gegenüber der Datenerhebung für die dritte Regulierungsperiode erstmals bzw. modifiziert erhoben werden. Die Einzelwerte werden dabei im Tabellenblatt „Datenabfrage“ und das sich im Eigentum des Netzbetreibers befindliche Anlagevermögen separat im Tabellenblatt „Netzbetreiber_Anlagevermögen“ abgefragt. Im Tabellenblatt „Verpächter_Anlagevermögen“ wird das dem Netzbetreiber von Dritten überlassene Anlagevermögen erfasst. Kalkulatorische Sonderbewertungen, die sich auf die Höhe der originären Anschaffungs- und Herstellungskosten aus kalkulatorischer Sicht ausgewirkt haben, sind hier nicht in die Betrachtung einzubeziehen. Insoweit bleibt es bei den originär handelsrechtlich angesetzten Werten.

Zudem gibt es im Tabellenblatt „Erläuterungen“ die Möglichkeit zur Erfassung von Hinweisen in Bezug auf konkrete Daten. Gegenstand der Abfrage sind dabei Daten, die die Netzbetreiber im Wesentlichen den Gewinn- und Verlustrechnungen, der Bilanz und den Informationen zum Sachanlagevermögen entnehmen können. Die Daten müssten indes bei den Unternehmen jahresscharf vorliegen, da sie für die Bestimmung der Erlösobergrenze vorzuhalten sind. Durch die Ergänzung des Jahresanfangsbestands um Zugänge, Abgänge und Sonderabschreibungen können die anzugebenden Daten ermittelt werden.

Eine gesonderte Erhebung von Strukturdaten erfolgt im Gegensatz zur Datenerhebung zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen für die dritte Regulierungsperiode nicht.

² vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.03.2022, Az. 3 Kart 169/19 (V), Rn. 160 ff. – juris.

Die Beschlusskammer sieht in Ausübung des ihr eingeräumten Beurteilungsspielraums bei der Bestimmung der Methoden zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors³ die erhobenen Werte im Rahmen der Berechnungen auf Grundlage des Törnqvist-Mengenindex als erforderlich an. Die Daten sind zur Ermittlung des Xgen notwendig. Beispielsweise soll das für die Ermittlung der Produktivität relevante Bruttoanlagevermögen anhand der mit dem Tabellenblatt „Netzbetreiber_Anlagevermögen“ abgefragten Daten ermittelt werden. Der mit dem Tabellenblatt „Datenabfrage“ ermittelte Umsatz der Netzbetreiber soll für die Ermittlung der erzielten Gesamtleistung als Bestandteil der Produktivität ebenfalls Verwendung finden. Weitere Daten aus dem Tabellenblatt „Datenabfrage“ werden als sogenannte Vorleistungen zur Bestimmung der Bruttowertschöpfung der Stromnetzbetreiberbranche benötigt.

Die in dem Tabellenblatt „Datenabfrage“ enthaltenen Daten aus der Bilanz sollen zum Zwecke weitergehender Untersuchungen, bspw. in Bezug auf die Gewichtung der Einstandspreisentwicklung des Eigenkapitals, abgefragt werden. Zur Plausibilisierung der vergangenen Ansätze werden ergänzend die Daten zur Mittelherkunft (Passiva) benötigt. Die Beschlusskammer hat diese Daten erstmals im Rahmen der Datenerhebung zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für die vierte Regulierungsperiode im Gasbereich erhoben, um eine Gewichtung für die Eigenkapitalverzinsung zu treffen. Die angewandten Methoden werden stetig überprüft und weiterentwickelt, um dem aktuellen Stand der Wissenschaft zu entsprechen. Hierzu ist die Erhebung der entsprechenden Daten erforderlich. Dies soll die bisherige Praxis der verwendeten Gewichte und der Zuordnung der Differenz aus Umsatzerlös und Aufwand verbessert analysierbar machen. Andere Daten, wie bspw. der Personalaufwand, dienen ebenfalls der Ermittlung der Einstandspreisveränderung. Darüber hinaus können die Daten zur Plausibilisierung der übrigen Datenlieferungen bzw. zur Plausibilisierung der gefundenen Ergebnisse eingesetzt werden.

Die Beschlusskammer hat die Begrifflichkeiten im Tabellenblatt „Datenabfrage“ – soweit möglich – an den Wortlaut der Gewinn- und Verlustrechnung angelehnt. Dadurch wird eine klare und konsistente Datenabfrage ermöglicht. Der Zeitraum der Datenabfrage ist auf die Jahre 2006 bis 2022 beschränkt. Hintergrund für die Begrenzung des Zeitraumes ist, dass die Verpflichtung zur Erstellung eines separaten Tätigkeitsberichtes gem. § 10 EnWG a.F. i.V.m. § 114 EnWG a.F. erst ab dem ersten vollständigen Geschäftsjahr nach Inkrafttreten des EnWG galt, sodass ein Jahresabschluss erstmalig für das Jahr 2006 von allen Netzbetreibern anzufertigen war. Ein frühzeitigerer Beginn des Zeitraums der Datenabfrage ist aufgrund der für vertikal integrierte Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen vor Einführung des EnWG 2005 fehlenden Verpflichtung zur Erstellung eines Tätigkeitsabschlusses für die Sparten Elektrizitätsübertragung und Elektrizitätsverteilung nicht sachgerecht. Eine Beschränkung der Abfrage des Anlagevermögens auf die Basisjahre der Anreizregulierung ist nicht sachgerecht. Für den Törnqvist-Mengenindex ist eine möglichst breite und konsistente Datengrundlage erforderlich. Der gewählte Zeitraum ist unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen ein sachgerechtes Ergebnis.

Soweit in der Konsultation vorgetragen worden ist, dass auf Grund der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 16.03.2022 eine Einbeziehung des Jahres 2006 in den der Törnqvist-Methode zugrundeliegenden Betrachtungszeitraum rechtlich nicht zulässig sei und daher auch eine Datenerhebung insoweit nicht in Betracht komme, schließt sich die Beschlusskammer diesem Einwand nicht an. Grundlegend ist festzuhalten, dass die Entscheidungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf nicht die Datenerhebung zur Ermittlung des Xgen, sondern dessen Festlegung betreffen. Die Zulässigkeit der Erhebung der Daten des Jahres

³ BGH, Beschluss vom 26.01.2021, Az. EnVR 7/20, Rn. 14 ff.; vgl. auch BGH, Beschluss vom 21.1.2014, Az. EnVR 12/12, Rn. 10 (zum Effizienzvergleich); BGH, Beschluss vom 22.07.2014, Az. EnVR 58/12, Rn. 13 (zum Qualitätselement); BGH, Beschluss vom 27.01.2015, Az. EnVR 42/13, Rn. 23 f. (zum Wagniszuschlag); BGH, Beschluss vom 13.12.2016, Az. EnVR 34/15, Rn. 12 (zur Berechnungsmethodik individueller Netzentgelte); OLG Stuttgart, Beschluss vom 09.02.2017, Az. 201 Kart 4/15 und Beschluss vom 15.03.2012, 202 EnWG 10/11, Rn. 37 (zur Erlösobergrenzenfestsetzung durch LRegB BW); Schreiber in: Holznagel/Schütz, ARegV, 2019, § 27 Rn. 27 ff.

2006 war nicht Gegenstand der gerichtlichen Entscheidungen und könnte allenfalls dann fraglich sein, wenn das Jahr 2006 von vornherein keine geeignete Datengrundlage für die Ermittlung des Xgen sein könnte. Dies hat das Gericht im Rahmen seiner Entscheidungen vom 16.03.2022 jedoch ausdrücklich verneint. Weder hinsichtlich der Datenqualität noch hinsichtlich der regulatorischen Besonderheiten des Jahres 2006 als dem ersten Jahr der Netzentgeltregulierung, scheidet die Einbeziehung des Jahres in das Stützintervall von vornherein aus⁴. Die Daten des Jahres 2006 sind vielmehr – wie die Daten der übrigen abgefragten Jahre – Grundlage für die im nachfolgenden Beschlusskammerverfahren zu treffende Entscheidung der Bundesnetzagentur betreffend die Auswahl der richtigen, dem Stand der Wissenschaft entsprechenden Methode zur Ermittlung des Xgen und mithin erforderlich für die Erfüllung des regulatorischen Auftrags gemäß § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV. Die abschließende Entscheidung über die Validität der gesamten Datengrundlage und die Berücksichtigung der Daten aller abgefragten Jahre wird dementsprechend erst im Rahmen des nachfolgenden Beschlusskammerverfahrens getroffen und weder insgesamt noch mit Blick auf die Verwendung einzelner Jahre durch die vorliegende Festlegung zur Datenerhebung vorweggenommen.

Die Verpflichtung beinhaltet auch die Übermittlung der Daten der Rechtsvorgänger für den Zeitraum ab 2006, soweit diese Rechtsvorgänger ebenfalls Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen im Sinne des § 3 Nr. 2 EnWG waren. Diese Verpflichtung beschränkt sich dabei gerade nicht nur auf die Daten des unmittelbaren Rechtsvorgängers und somit auch nicht nur auf einen (einzigen) Rechtsvorgänger, sondern ggf. auch auf mehrere Rechtsvorgänger. So ist es durchaus möglich, dass sich ein neues Netz zum erstmaligen Betriebsbeginn eines neuen Unternehmens aus den Netzen verschiedener Rechtsvorgänger zusammensetzt. Der weitaus häufigere Fall ist es jedoch, dass über den ausdrücklich in der Festlegung in den Blick genommenen Zeitraum ab 2006 das gesamte Netz von einem Netzbetreiber auf den nächsten Netzbetreiber übertragen wurde und letzten Endes wesentlicher oder teilweiser Bestandteil des Netzes des aktuellen Netzbetreibers geworden ist, so dass es mehrere einander nachfolgende Rechtsvorgänger gibt.

Sollten der oder die Rechtsvorgänger selbst noch Netzbetreiber und damit aufgrund dieser Festlegung selbst zur Übermittlung der entsprechenden Daten an die Bundesnetzagentur verpflichtet sein, genügt die Benennung des oder der Rechtsvorgänger und eine Erläuterung im Begleitschreiben. In diesem Fall ist von einer Übersendung der Daten des oder der Rechtsvorgänger abzusehen.

Die vorstehende Regelung ist sachgerecht, da es dem aktuellen Netzbetreiber in der Regel möglich und zumutbar ist, die betreffenden Daten ebenfalls zu übermitteln. Üblicherweise liegen sie dem Netzbetreiber aufgrund vertraglicher Vereinbarungen ohnehin vor. Andernfalls ist die Verpflichtung des aktuellen Netzbetreibers aber auch aus Gründen der Sachnähe angemessen, da ihm hinsichtlich der Vorgeschichte seines aktuellen Netzes die größten Erkenntnismöglichkeiten zur Verfügung stehen.

G) Form der Datenabfrage

Die Festlegung verpflichtet die Netzbetreiber, die geforderten Daten ausschließlich unter Verwendung des in der Anlage zur Festlegung zur Verfügung gestellten Erhebungsbogens und unter Beachtung der ebenfalls in diesem Erhebungsbogen enthaltenen Datendefinitionen an die Bundesnetzagentur über das Energiedaten-Portal zu übermitteln. Hierbei ist zwingend sicherzustellen, dass die Betriebsnummer zutreffend eingegeben wird. Für die elektronische Übermittlung ist im Energiedaten-Portal ausschließlich das Verfahren „Datenübermittlung Produktivitätsfaktor Strom“ auszuwählen. Für die Wahrung der Übermittlungsfrist am 15.12.2022,

⁴ vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.03.2022, Az. 3 Kart 169/19 (V), Rn. 93 ff. – juris; vgl. auch BGH, Beschluss vom 26.01.2021, u.a. EnVR 7/20, Rn. 70 ff. zur Einbeziehung des Jahres 2006 als Basisjahr in ein Stützintervall zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors

bzw. am 31.07.2023 für die testierten Daten des Jahres 2022, ist daher auch allein die elektronische Übertragung der abgefragten Daten maßgeblich.

Der in der Anlage zur Festlegung enthaltene Erhebungsbogen ist vollständig und richtig ausgefüllt über das Energiedaten-Portal der Bundesnetzagentur zu übermitteln. Der Erhebungsbogen ist weitgehend schreibgeschützt. Eintragungen sind ausschließlich in den hierfür vorgesehenen Zellen vorzunehmen. Um den Netzbetreibern die Befüllung des Erhebungsbogens durch Datenübernahmen zu erleichtern, werden die Tabellenblätter „Netzbetreiber_Anlagevermögen“ und „Verpächter_Anlagevermögen“ ohne Schreibschutz zur Verfügung gestellt. Eine Veränderung der Struktur des Erhebungsbogens – bspw. durch das Einfügen oder Löschen von Zeilen, Spalten oder Tabellenblättern – darf von den Netzbetreibern nicht vorgenommen werden.

Textliche Erläuterungen zu den Daten können im Tabellenblatt „Erläuterungen“ implementiert werden. Hilfsweise können diese mit separatem Schreiben – unter Nennung der aktuellen Betriebsnummer – an die Bundesnetzagentur (E-Mail-Adresse: produktivitaetsfaktor@bnetza.de) übermittelt werden. Eine zusätzliche postalische Übermittlung soll nicht erfolgen.

Die vorstehenden Vorgaben im Hinblick auf den Erhebungsbogen sind erforderlich, um ein unkompliziertes, sicheres und zugleich administrierbares Datenerhebungsverfahren zu realisieren. Zu Gunsten der Netzbetreiber wird ein einheitliches Datenformat zur Verfügung gestellt, um so die Dateneingabe mittels einer benutzerfreundlichen Bedieneroberfläche zu vereinfachen. Zugleich wird die Beschlusskammer in die Lage versetzt, die Datenrückläufe möglichst zügig zu plausibilisieren, um auf dieser Grundlage den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor Strom bundeseinheitlich festzulegen. Im vorliegenden Massenverfahren ist daher kein Raum für von den Netzbetreibern abgewandelte Erhebungsbögen. Auch ist der vorgegebene Weg zur Datenübermittlung zwingend einzuhalten.

Bei Nichtbeachtung dieser Vorgaben setzt sich der Netzbetreiber dem Risiko der Einleitung eines Verwaltungsvollstreckungsverfahrens nach § 94 EnWG aus.

H) Frist zur Datenabfrage

Die Netzbetreiber sind verpflichtet, die dargestellten Daten in der vorstehend beschriebenen Form bis spätestens **15.12.2022**, bzw. für die testierten Daten des Jahres 2022 bis spätestens **31.07.2023**, an die Beschlusskammer vollständig zu übermitteln. Die Erfahrungen aus den vorherigen Datenabfragen zur Ermittlung des Produktivitätsfaktors im Strom- und Gasbereich haben gezeigt, dass die Übermittlung auch für kleine und mittlere Netzbetreiber sogar in einem engeren zeitlichen Rahmen als hier vorgesehen möglich ist.

Die o.g. Fristen sind vor dem Hintergrund, dass die Bundesnetzagentur gem. § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV verpflichtet ist, den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor vor Beginn der Regulierungsperiode zu ermitteln, auch notwendig. Die hier maßgebliche vierte Regulierungsperiode Strom beginnt am 01.01.2024. Eine spätere Datenübermittlung würde diese gesetzliche Vorgabe gefährden, weil die Beschlusskammer die große Zahl eingehender Datensätze zunächst plausibilisieren muss und erst im Anschluss mit der tatsächlichen Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors begonnen werden kann.

Die Frage, welcher Ansatz für die Ermittlung des Produktivitäts- und Einstandspreisdifferentials sachgerecht ist, lässt sich – wie bereits ausgeführt – erst dann auf einer möglichst umfassenden Entscheidungsgrundlage beantworten, wenn die relevanten Methoden angewendet worden sind. Hierfür ist es unerlässlich, eine möglichst valide Datengrundlage zu verwenden. Um diese Schritte im Jahr 2023 abschließen zu können, ist die vorgenannte Frist geboten. Nachlieferungen sind in Anbetracht des von der Beschlusskammer gewährten Vorlaufs nicht möglich.

Der Beschlusskammer ist die Problematik, dass Jahresabschlüsse teilweise erst spät im Jahr vorliegen, grundsätzlich aus dem Datenerhebungsverfahren für den generellen sektoralen

Produktivitätsfaktor der dritten Regulierungsperiode bekannt. Da der Prozess der Datenplausibilisierung für die rund 870 betroffenen Netzbetreiber auch seitens der Behörde, wie oben bereits angemerkt, einen beträchtlichen personellen und zeitlichen Aufwand bedeutet, ist es aus Sicht der Beschlusskammer dennoch erforderlich, die Daten der Netzbetreiber frühzeitig und vollständig zur Verfügung gestellt zu bekommen.

Die Beschlusskammer geht davon aus, dass alle Netzbetreiber in der Lage sein werden, bis spätestens zum 15.12.2022 vollständige Daten für die Jahre 2006 bis 2021 an die Bundesnetzagentur zu übermitteln. Weiterhin geht die Beschlusskammer davon aus, dass die testierten Daten des Jahres 2022 spätestens zum 31.07.2023 vorliegen. Insofern erwartet die Beschlusskammer die Übermittlung eines vollständigen Datensatzes zu diesem Zeitpunkt.

1) Ermessen

Die vorliegende Festlegung zu Umfang, Zeitpunkt und Form der Datenerhebung ist insgesamt verhältnismäßig. Dabei ist es grundsätzlich Sache der Beschlusskammer zu beurteilen, welche Daten als erforderlich angesehen werden⁵. Insofern ist davon auszugehen, dass das Merkmal der Erforderlichkeit dann erfüllt ist, wenn die abgefragten Daten – aus der maßgeblichen ex-ante-Sicht – zur Aufgabenerfüllung beitragen können und die Auskunft für den Betroffenen keinen unverhältnismäßigen Aufwand bedeutet⁶. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

a) Zunächst ist die mit der vorliegenden Festlegung einhergehende Datenerhebung für die Gewährleistung eines belastbaren und einheitlichen Datenbestandes als Basis für die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors geeignet.

Der gem. § 9 ARegV zu ermittelnde generelle sektorale Produktivitätsfaktor ist gem. § 21a Abs. 6 S. 2 Nr. 5 EnWG ein Korrekturfaktor der allgemeinen Geldentwertung⁷. So soll unter Einbeziehung der Besonderheiten der Einstandspreisentwicklung und des Produktivitätsfortschritts in der Netzwirtschaft gegenüber der Gesamtwirtschaft sichergestellt werden, dass etwaige sektorspezifische Produktivitätssteigerungen an die Netzkunden weitergegeben werden. Denn in funktionsfähigen Wettbewerbsmärkten wären die Marktteilnehmer durch die Wettbewerbskräfte hierzu ebenfalls gezwungen. Der von der Bundesnetzagentur beauftragte Gutachter hat im Jahr 2016 hierfür zwei wissenschaftliche Methoden analysiert: den Malmquist-Produktivitätsindex und den Törnqvist-Mengenindex⁸. Die genannten Methoden sind zur Messung von Produktivitätsentwicklungen international anerkannte und in der Literatur weit verbreitete wissenschaftliche Methoden. Beide Methoden entsprechen insofern den Vorgaben des § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV, wonach die Methoden dem Stand der Wissenschaft entsprechen müssen. Nicht zuletzt hat dies der Verordnungsgeber bereits in der Verordnungsbegründung⁹ und auch der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 26.01.2020 (EnVR 7/20) bestätigt.

Beide Methoden bedürfen einer validen Datengrundlage. Während die Daten für den Malmquist-Produktivitätsindex aufgrund der Durchführung der Effizienzvergleiche für die erste, zweite und dritte Regulierungsperiode bereits im Wesentlichen vorliegen und der Effizienzvergleich für die vierte Regulierungsperiode den vierten Datenpunkt noch liefern soll, wird die Datengrundlage für den Törnqvist-Mengenindex auf Netzbetreiberebene durch die vorliegende Festlegung erst noch geschaffen. Ein Rückgriff auf Daten des statistischen Bundesamtes ist auf

⁵ vgl. zu §§ 69 Abs. 1 S. 1, 112a EnWG BGH, Beschl. v. 19.06.2007, Az. KVR 17/06, Rn. 42 – juris; vgl. zur Übertragbarkeit auf § 27 ARegV OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.11.2014, Az. VI-3 Kart 90/13 [V], Rn. 44.

⁶ vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 05.11.2014, Az. VI-3 Kart 90/13 [V], Rn. 44.

⁷ vgl. BGH, Beschluss vom 31.01.2012, Az. EnVR 16/10, Rn. 22 – juris.

⁸ wik (2016), Gutachten zur Bestimmung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors, im Auftrag der Bundesnetzagentur

⁹ vgl. BT-Drs. 17/7632, S. 5.

Grund der Vermischung der Netzbetreiberdaten mit Daten von Stromerzeugern und Stromhändlern nicht möglich. Folglich bedarf es einer eigenen Datenerhebung durch die Beschlusskammer.

Der Geeignetheit der vorliegenden Datenerhebung steht mit Blick auf das Jahr 2006 auch nicht die bisherige Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf zur Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für die Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen in der dritten Regulierungsperiode entgegen. Hierzu wurde bereits im Hinblick auf den Umfang der Datenerhebung ausgeführt (siehe oben, S. 12 f.), sodass zur Vermeidung von Wiederholungen auf diese Ausführungen verwiesen wird. Die Beschlusskammer hat diese Erwägungen auch zum Gegenstand ihrer Ermessensbetätigung im Hinblick auf die Frage gemacht, ob die Erhebung der Daten des Jahres 2006 dem skizzierten legitimen Zweck dienen bzw. diesen Zweck zumindest fördern kann, und ist zu dem Ergebnis gelangt, dass die Geeignetheit aus der allein maßgeblich „ex ante“-Perspektive gegeben ist. Aus der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf resultiert kein Verwendungsverbot. Vielmehr ist im Rahmen der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für die Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen eine abschließende Bewertung der Datengrundlage für den Törnqvist-Index vorzunehmen. Diese Überprüfung wird nicht im Rahmen der vorliegenden Datenerhebungsfestlegung vorweggenommen, sondern bleibt dem nachfolgenden Festlegungsverfahren vorbehalten.

b) Die vorliegende Datenerhebung ist weiterhin auch erforderlich und stellt zudem keine unverhältnismäßige Belastung der adressierten Netzbetreiber dar.

Zentrales Kriterium für die Rechtmäßigkeit der Datenerhebung ist nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und verschiedener Oberlandesgerichte die Erforderlichkeit der abgefragten Daten, deren höchstrichterlich konkretisierte Definition auf den in § 27 Abs. 1 ARegV verwendeten Begriff der „notwendigen Daten“ zu übertragen ist¹⁰. Das Merkmal der Erforderlichkeit ist dann erfüllt, wenn die abgefragten Daten – aus der maßgeblichen ex-ante-Sicht – zur Aufgabenerfüllung beitragen können und die Auskunft für den Betroffenen keinen unverhältnismäßigen Aufwand bedeutet. Eine Datenabfrage ist dagegen dann unzulässig, wenn bereits zum Zeitpunkt des Auskunftsverlangens feststeht, dass die Daten unter keinem Gesichtspunkt für den der Datenabfrage zugrunde liegenden Zweck Bedeutung haben könnten¹¹. Den Regulierungsbehörden kommt bei der Einschätzung, welche Auskünfte oder Daten erforderlich sind, ein weiter Beurteilungsspielraum zu¹². Diese Vorgaben der Rechtsprechung für eine Datenerhebung der Regulierungsbehörden werden vorliegend eingehalten.

In diesem Zusammenhang weist die Beschlusskammer darauf hin, dass die abgefragten Daten für den Zeitraum 2006 bis 2017 den Netzbetreibern bekannt sind und in elektronischer Form aus der Datenabfrage des Jahres 2018 (Verfahren BK4-17-094) vorliegen sollten. Da einige dieser Daten auch außerhalb der Festlegung des Produktivitätsfaktors für Zwecke der Regulierung benötigt werden, ist es für die regulierten Netzbetreiber grundsätzlich sinnvoll, diese über die handelsrechtlichen Fristen hinaus aufzubewahren. Sollten betroffene Netzbetreiber die Daten aus der Datenabfrage des Jahres 2018 dennoch nicht mehr vorliegen haben, besteht die Möglichkeit, dass die Beschlusskammer diesen auf Nachfrage den Erhebungsbogen aus dem Jahre 2018 zur Verfügung stellt. Der Beschlusskammer ist es allerdings nicht möglich, für die rund 870 betroffenen Netzbetreiber vorbefüllte Erhebungsbögen zur Verfügung zu stellen.

¹⁰ vgl. BGH, Beschluss vom 19.06.2007, KVR 17/06, Rn. 42 f. – juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.11.2014, VI-3 Kart 90/13 [V], Rn. 44 – juris; Karalus/Schreiber, in: Holznagel/Schütz, ARegV, 2013, § 27 Rn. 28, 35.

¹¹ vgl. BGH, Beschluss vom 19.06.2007, KVR 17/06, Rn. 43 – juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.11.2014, VI-3 Kart 90/13 [V], Rn. 44 – juris.

¹² vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 09.02.2017, 201 Kart 4/15; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.11.2014, VI-3 Kart 90/13 [V], Rn. 44 – juris; OLG Stuttgart, Beschluss vom 15.03.2012, 202 EnWG 10/11, Rn. 37 – juris; Karalus/Schreiber, in: Holznagel/Schütz, ARegV, 2013, § 27 Rn. 27 ff.“

Ebenso wenig kann auf die erneute Erhebung Daten für den Zeitraum 2006 bis 2017 verzichtet werden. Dies gilt sowohl im Hinblick auf Positionen bzw. Anlagengruppen, die im Rahmen der aktuellen Datenerhebung erstmals abgefragt werden, als auch im Hinblick auf bereits vorliegende Daten. Die Netzbetreiber sind für die Vollständigkeit und Richtigkeit der eingereichten Daten grundsätzlich selbst verantwortlich. Daher müssen auch die bereits im Jahre 2018 erhobenen Daten nochmals von den Netzbetreibern überprüft und in den Erhebungsbogen für die dieser Festlegung zugrundeliegende Form überführt werden. Die Erfahrungen bei der Datenerhebung für die Festlegung des Produktivitätsfaktors Gas für die vierte Regulierungsperiode haben deutlich gemacht, dass die Qualität vorliegender Daten im Zuge einer erneuten Erhebung bei den Netzbetreibern und anschließender Plausibilisierung durch die Beschlusskammer noch weiter verbessert werden kann. Hinzu kommt, dass die Beschlusskammer von etwaigen Veränderungen der Daten seit der Abfrage im Jahre 2018 keine Kenntnis hat.

Den adressierten Netzbetreibern werden mehrere Wochen zur Übermittlung der Daten eingeräumt. Diesen Zeitraum sieht die Bundesnetzagentur als großzügig bemessen an, um die Aufbereitung der im Unternehmen bereits vorhandenen Daten gemäß den Vorgaben dieser Festlegung vorzunehmen.

aa) Hinsichtlich des Umfangs der Datenerhebung ist festzuhalten, dass die nunmehr erhobenen Daten die Beschlusskammer in die Lage versetzen, den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor unter Verwendung des Törnqvist-Mengenindex zu berechnen. Gleichzeitig wird von den Netzbetreibern kein Aufwand eingefordert, der gemessen an dem mit der Datenerhebung verfolgten Sinn und Zweck unangemessen ist.

So dient die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors der Bestimmung der Erlösobergrenze anhand der Regulierungsformel. Hierbei handelt es sich um eine, wenn nicht die zentrale Regulierungsentscheidung. Es ist daher zu gewährleisten, dass die Einzelbestandteile der Regulierungsformel ihrerseits auf einer belastbaren Datengrundlage ermittelt werden. Der vorliegenden Datenerhebung ist daher eine entsprechend zentrale Bedeutung beizumessen.

Im Hinblick auf die für die Netzbetreiber aus der Datenerhebung resultierende Belastung ist festzuhalten, dass diese nicht als unverhältnismäßig einzustufen ist. So ist zu berücksichtigen, dass die vorliegende Festlegung Daten von den Netzbetreibern einfordert, die diese bereits seit der Liberalisierung des Strommarktes selbst erheben müssen. Die Netzbetreiber sind mithin in der Lage, Teile der angeforderten Daten aus ihren Jahresabschlüssen bzw. aus den Jahresabschlüssen der Rechtsvorgänger zu entnehmen bzw. sind diese aufgrund von Veröffentlichungspflichten vorzuhalten. Diese Daten sind gemäß den Vorgaben dieser Festlegung aufzubereiten und die Anlage zur Festlegung damit zu befüllen. Darüber hinaus hat die Beschlusskammer in der Anlage zur Festlegung Erläuterungen und die erforderlichen Definitionen zu den Begriffen aufgenommen. Die einfache Handhabbarkeit der XLSX-Datei wird mit der Festlegung sichergestellt.

Soweit die Daten ohne weiteres der Gewinn- und Verlustrechnungen der betroffenen Jahre entnommen werden können oder nach den genannten Veröffentlichungspflichten vorzuhalten sind, ist der Aufwand für die Netzbetreiber mithin sehr überschaubar. Demgegenüber ist der Aufwand beispielsweise für die Befüllung der Tabellenblätter „Netzbetreiber_Anlagevermögen“ und „Verpächter_Anlagevermögen“ als größer anzusehen. Eine mehrwöchige Frist reicht für die Ermittlung dieser Daten jedoch aus, sodass die Verhältnismäßigkeit insoweit gewahrt ist. Die Daten dürften indes bei den Unternehmen jahresscharf vorliegen, da sie für die Bestimmung der Erlösobergrenze vorzuhalten sind. Durch die Ergänzung des Jahresanfangsbestands um Zugänge, Abgänge und Sonderabschreibungen können die anzugebenden Daten ermittelt werden. Diese Vorgehensweise ist nach Einschätzung der Beschlusskammer in der eingeräumten Zeit den Adressaten der Festlegung zumutbar. Bei der Festlegung der Abgabefrist für die Daten der Jahre 2006 bis 2021 hat die Beschlusskammer die von den Landesregulierungsbehörden Baden-Württemberg, Hessen, Saarland und Thüringen gesetzte Frist zur Abgabe der Kostendaten für die vierte Regulierungsperiode Strom berücksichtigt.

Schließlich ist die Erhebung der Daten des Jahres 2006 auch nicht infolge der Beschlüsse des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 16.03.2022 unzulässig und steht daher auch nicht der Erforderlichkeit bzw. Angemessenheit der vorliegenden Datenerhebung – auch nicht teilweise – entgegen. Hierzu wurde bereits im Hinblick auf den Umfang der Datenerhebung ausgeführt (siehe oben, S. 12 f.), sodass zur Vermeidung von Wiederholungen auf diese Ausführungen verwiesen wird. Hierzu wurde bereits im Hinblick auf den Umfang der Datenerhebung ausgeführt (siehe oben, S. 12 f.), sodass zur Vermeidung von Wiederholungen auf diese Ausführungen verwiesen wird. Die Beschlusskammer hat diese Erwägungen auch zum Gegenstand ihrer Ermessensbetätigung im Hinblick auf die Frage gemacht, ob die Erhebung der Daten des Jahres 2006 unter Berücksichtigung des mit der vorliegenden Festlegung verfolgten legitimen Zwecks erforderlich bzw. angemessen ist. Wie vorstehend bereits ausgeführt resultiert aus der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf kein Verwendungsverbot für die Daten des Jahres 2006. Dementsprechend ist aus der derzeitigen Perspektive der Beschlusskammer auch in Ansehung der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf kein Grund ersichtlich, weshalb die Erhebung der Daten des Jahres 2006 für sich genommen bereits nicht erforderlich bzw. unangemessen sein sollte. Ob die Datengrundlage für die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für die Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen hinreichend valide ist, wird nicht im Vorfeld der Datenerhebung antizipiert, sondern im Rahmen des nachfolgenden Beschlusskammerverfahrens auf Grundlage der dann vorliegenden Daten der Netzbetreiber abschließend entschieden.

bb) Weiterhin sieht es die Beschlusskammer auch nicht als geboten an, von der in § 9 Abs. 3 S. 3 ARegV vorgesehene Möglichkeit Gebrauch zu machen und solche Netzbetreiber von der Datenabfrage auszunehmen, die die Teilnahme am vereinfachten Verfahren nach § 24 Abs. 2 ARegV gewählt haben. Zwar ist Sinn und Zweck des § 24 ARegV, der die Teilnahme am vereinfachten Verfahren eröffnet, kleinere Netzbetreiber vor überproportionalen organisatorischen bzw. verfahrenstechnischen Belastungen durch die regulatorischen Vorgaben zu schützen¹³. Diese Intention des Ordnungsgebers greift im Hinblick auf die vorliegende Datenerhebung jedoch nicht durch. Zu beachten ist nämlich, dass § 9 Abs. 3 S. 3 ARegV die Freistellung der „Vereinfacher“ entgegen § 24 ARegV nicht zur Disposition der Netzbetreiber, sondern in das Ermessen der Regulierungsbehörde stellt. Demnach hat diese die betroffenen Interessen zu gewichten und abzuwägen, aber eine generelle Befreiung kleinerer Netzbetreiber oder ein Wahlrecht zu ihren Gunsten ist der Vorschrift gerade nicht zu entnehmen.

Die Beschlusskammer erkennt an, dass es für die betroffenen Netzbetreiber durchaus mit nicht unerheblichem Aufwand verbunden ist, diese Daten in der erforderlichen Qualität zu ermitteln bzw. gegebenenfalls die vorhandenen Daten an die Vorgaben des Erhebungsbogens anzupassen.

Die Beschlusskammer hält diesen Aufwand jedoch in Abwägung aller Alternativen und zudem in Anbetracht des langen Vorlaufs auch für die Unternehmen, die am vereinfachten Verfahren teilnehmen, für vertretbar. Die Erfahrungen aus dem Verfahren zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor für die dritte Regulierungsperiode sowie für die vierte Regulierungsperiode im Gasbereich haben gezeigt, dass gerade auch Unternehmen, die am vereinfachten Verfahren teilgenommen haben, die Daten regelmäßig in der erforderlichen Qualität zusammenstellen bzw. aufbereiten konnten.

Dem vorhandenen Aufwand trägt die Beschlusskammer insbesondere durch die Länge der Datenlieferungsfrist Rechnung. Wie oben bereits ausgeführt, ist nachzeitigem Stand eine noch weitergehende Reduktion der Datenabfrage im Bereich der GuV-Daten nicht möglich; dies gilt auch für eine Reduktion der einzelnen Positionen im Bereich des Sachanlagevermögens oder eine weitere Verkürzung des Abfragezeitraums.

¹³ vgl. BR-Drs. 417/07, S. 68.

Derartige Maßnahmen, um die Datenerhebung noch kompakter zu gestalten, würde zu einer unangemessenen Einschränkung der Beschlusskammer bei der gesondert durchzuführenden Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors im Elektrizitätsnetzbereich führen. Im Rahmen dieser Abwägung ist die Beschlusskammer zu dem Ergebnis gelangt, dass vor dem Hintergrund des mit der Datenerhebung verfolgten Sinn und Zwecks eine überproportionale Belastung kleinerer Netzbetreiber durch die vorliegende Datenerhebung nicht ersichtlich ist. Der Ordnungsgeber hat in der amtlichen Begründung zu § 9 Abs. 3 S. 3 ARegV ausgeführt, dass je nach Umfang der notwendigen Daten bei den Netzbetreibern eine Belastung entstehen könnte, die über die des Effizienzvergleichs, von dem diese Unternehmen gerade freigestellt sind, hinausgehen könnte. Im Hinblick auf die vorliegende Datenerhebung wurde jedoch bereits aufgezeigt, dass die Beschlusskammer die von den Netzbetreibern zu liefernden Daten auf einen Umfang begrenzt hat, den diese, aufgrund bereits bestehender gesetzlicher Verpflichtungen, dem Grunde nach bereits seit 1998 erheben müssen. Zudem hat die Beschlusskammer bei der Ausgestaltung der Anlage zur Festlegung sichergestellt, dass gerade auch in Regulierungsfragen möglicherweise wenig erfahrene Netzbetreiber den Vorgaben ohne großen Aufwand entsprechen können. Außerdem ist der in erster Linie bei der Befüllung der Tabellenblätter „Netzbetreiber_Anlagevermögen“ und „Verpächter_Anlagevermögen“ auftretende größere Aufwand auch den Teilnehmern am vereinfachten Verfahren zumutbar. Die Einbeziehung der Netzbetreiber, die am vereinfachten Verfahren gem. § 24 Abs. 2 ARegV teilnehmen, ist erforderlich, um eine sachgerechte Bewertung der Methoden auf einer breiten Datengrundlage vornehmen zu können. Vor diesem Hintergrund hat die Beschlusskammer es als nicht sachgerecht eingestuft, zum Zeitpunkt der Datenerhebung, die zwingend der eigentlichen Sachentscheidung vorgelagert ist und sachgerechter Weise noch vor der Entscheidung über die für die Sachentscheidung anzuwendende Methode durchgeführt wird, alle Netzbetreiber, die am vereinfachten Verfahren teilnehmen, im Rahmen der Ermittlung der Produktivität der Netzbetreiberbranche anhand des Törnqvist-Mengenindex unberücksichtigt zu lassen.

cc) Des Weiteren sind auch die Vorgaben hinsichtlich der Form der Datenübermittlung erforderlich, aber auch angemessen. Die Vorgabe eines elektronischen Erhebungsbogens und dessen Rücksendung über das Datenportal der Bundesnetzagentur stellen sicher, dass die Erfassung der Daten und die Datenübertragung einheitlich erfolgt. Die Beschlusskammer ist im Rahmen des vorliegenden Massenverfahrens zwingend auf eine Vereinheitlichung der Datenrückläufe angewiesen. Andernfalls kann nicht gewährleistet werden, dass der generelle sektorale Produktivitätsfaktor noch im Jahr 2023 und somit rechtzeitig vor Beginn der vierten Regulierungsperiode am 01.01.2024 festgelegt wird. Die vor der Übertragung vorzunehmende Verschlüsselung der übersendeten Daten dient dabei deren Sicherheit und steht somit auch im Interesse der Netzbetreiber. Das hierfür benötigte Verschlüsselungsprogramm wird den Netzbetreibern auf der Internetseite der Bundesnetzagentur zudem zur Verfügung gestellt. Schließlich handelt es sich bei der Übertragung über das elektronische Datenportal um eine Methode der Datenübermittlung, die seit Beginn der Regulierung im Markt etabliert ist, sodass die Adressaten der Festlegung mit dem Prozedere vertraut sind.

dd) Abschließend ist auch die Verpflichtung der Netzbetreiber erforderlich und angemessen, wonach die angeforderten Daten bis zum 15.12.2022 bzw. 31.07.2023 in dem sich aus der Festlegung ergebenden Umfang und in der sich aus der Festlegung ergebenden Form an die Bundesnetzagentur zu übermitteln sind. Die Beschlusskammer hat die zu erhebenden Daten auf einen Umfang begrenzt, der für die adressierten Netzbetreiber einen angemessenen Aufwand darstellt.

Die Umsetzung der Festlegung bis zum 15.12.2022 bzw. in Bezug auf die im Rahmen der genannten Ausnahmeregelung genannten testierten Daten des Jahr 2022 bis zum 31.07.2023 erscheint mithin angemessen.

Da die Festlegung gegenüber einer Vielzahl betroffener Netzbetreiber erfolgt, ersetzt die Beschlusskammer, in Ausübung des ihr nach § 73 Abs.1a S. 1 EnWG zustehenden Ermessens, die Zustellung der Festlegung durch eine öffentliche Bekanntmachung. Die öffentliche Bekanntmachung wird dadurch bewirkt, dass der verfügende Teil der Festlegung, die Rechtsbehelfsbelehrung und ein Hinweis auf die Veröffentlichung der vollständigen Entscheidung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur und im Amtsblatt der Bundesnetzagentur bekannt gemacht werden (vgl. § 73 Abs.1a S. 2 EnWG). Die Festlegung gilt gemäß § 73 Abs.1a S. 3 EnWG mit dem Tage als zugestellt, an dem seit dem Tag der Bekanntmachung im Amtsblatt der Bundesnetzagentur zwei Wochen verstrichen sind.

IV.

Hinsichtlich der Kosten bleibt ein gesonderter Bescheid gemäß § 91 EnWG vorbehalten.

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diese Entscheidung kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist bei der Bundesnetzagentur (Hausanschrift: Tulpenfeld 4, 53113 Bonn) einzureichen. Es genügt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf (Hausanschrift: Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf) eingeht.

Die Beschwerde ist zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt einen Monat. Sie beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten. Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

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



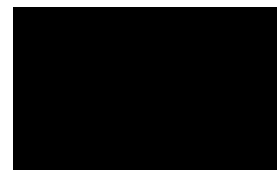
Alexander Lüdtké-Handjery

Vorsitzender



Stefanie Scheuch

Beisitzer



Roman Smidrkal

Beisitzer