Ernst & Young Law GmbH
Rechtsanwaltsgesellschaft
Steuerberatungsgesellschaft
Graf-Adolf-Platz 15
40213 Düsseldorf
www.ey-law.de

Ernst & Young Law GmbH Rechtsanwaltsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft,
Graf-Adolf-Platz 15, 40213 Düsseldorf

An die
Bundesnetzagentur
Beschlusskammer 4
Stichwort „Produktivitätsfaktor Strom – Konsultation der Festlegung“
Postfach 8001
53105 Bonn

per E-Mail: produktivitaetsfaktor@bnetza.de

18. September 2024

Stellungnahme im Konsultationsverfahren zur Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen für die vierte Regulierungsperiode in der Anreizregulierung (Az.: BK4-24-028)

Sehr geehrte Damen und Herren,

gerne nehmen wir namens und im Auftrag der Stadtwerke Kempen GmbH zu dem am 21. August 2024 zur Konsultation gestellten Festlegungsentwurf zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor für Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen für die vierte Regulierungsperiode der Anreizregulierung, Az.: BK4-24-028, fristgerecht Stellung.

Wir bitten die Beschlusskammer 4, die in dieser Stellungnahme vorgebrachten Aspekte bei der endgültigen Festlegung zu berücksichtigen:

I. Hintergrund und Fazit zum Festlegungsentwurf

Die Bundesnetzagentur hat am 21. August 2024 den Entwurf zur Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen für die vierte Regulierungsperiode (Az. BK4-24-028) sowie das Gutachten der WIK Consult GmbH veröffentlicht. Zudem hat die Bundesnetzagentur das Törnquist-Tool, die Malmquist-Programmcodes und die netzbetreiberindividuellen Daten zur Malmquist-Methode und zur Törnquist-Methode veröffentlicht.

Analog zur dritten Regulierungsperiode verwendet die Bundesnetzagentur zur Berechnung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors die Törnquist-Methode und die Malmquist-Methode.

Nach dem konsultierten Festlegungsentwurf soll sich eine Bandbreite in Höhe von **0,91 % (Malmquist-Methode)** und **1,20 % (Törnquist-Methode)** ergeben.

Die Bundesnetzagentur konsultiert in dem Festlegungsentwurf einen generellen sektoralen Produktivitätsfaktor in Höhe von **0,91 %**, weil der Malmquist-Wert – nach der Auffassung der Beschlusskammer – das untere Ende der Bandbreite darstellt.

Die Berechnung der Werte nach den vorgenannten Methoden erfolgte im Wesentlichen nach den Maßstäben der dritten Regulierungsperiode. Die Bundesnetzagentur stützt sich dabei vor allem auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, der das bisherige Vorgehen der Bundesnetzagentur gebilligt hatte,

vgl. zuletzt BGH, Beschlüsse vom 30. Januar 2024, u.a. Az. EnVR 32/22.

Zum Festlegungsentwurf und Verfahren lassen sich folgende Ergebnisse festhalten:

- Die Stellungnahmefrist empfinden wir als zu kurz. Dies gilt gerade in Anbetracht, dass die Bundesnetzagentur einen umfangreichen Festlegungsentwurf mit umfangreichen Datensätzen und Codes veröffentlicht hat. Wir behalten uns daher auch im Nachgang der Konsultation noch vor, weitere rechtliche oder methodische Einwände zu erheben.
- Wir empfehlen der Beschlusskammer, das methodische Vorgehen aus der dritten Regulierungsperiode nicht schematisch zu übernehmen, sondern die Kritik aus der dritten Regulierungsperiode zum Anlass zu nehmen, das methodische Vorgehen und die gefundenen Ergebnisse kritisch zu hinterfragen. Dies insbesondere, da die gerichtliche

Auseinandersetzung aus der dritten Regulierungsperiode durch die anhängigen Verfassungsbeschwerden vor dem Bundesverfassungsgericht noch nicht ausgestanden ist.

- Mit dem Fortschreiten der Anreizregulierung nehmen die Möglichkeiten zur Produktivitätssteigerung zunehmend ab, da Produktivitätspotentiale bereits gehoben worden sind. Nach 15 Jahren der Anreizregulierung bzw. nach 18 Jahren der Entgeltregulierung und mit Blick auf die aktuellen Transformationsaufgaben ist ein konstanter Produktivitätsfaktor in Höhe von 0,91 % weder plausibel noch sachgerecht.
- Das durchgeführte Prognoseverfahren darf aktuelle Umstände (wie die Zinswende oder die Energiewende) nicht ausblenden. Die Prognose eines generellen sektoralen Produktivitätsfaktors allein auf der Basis von historischen Daten ist mit erheblichen Unsicherheiten behaftet.
- Weitere Vergleichsbetrachtungen in der vierten Regulierungsperiode belegen nun eindeutig, dass sich das Jahr 2006 nicht als Prognosegrundlage eignet.
- Auch wenn die von der Beschlusskammer vorgenommene Orientierung am unteren Rand der ermittelten Bandbreiten grundsätzlich zu begrüßen ist, so ist abermals festzustellen, dass sowohl das methodische Vorgehen mittels der Törnquist-Methode (hier zum Stützintervall, zur Plausibilisierung, zum Deflator, zu den Eigen- und Fremdkapitalzinsen und zu den Abschreibungen) als auch das methodische Vorgehen mittels der Malmquist-Methode (z.B. zu den Eigenkapitalzinsen) nicht wissenschaftlichen Standards und damit nicht dem Postulat aus § 9 Abs. 3 Satz 1 ARegV („Stand der Wissenschaft“) genügt. Auch vor diesem Hintergrund muss die Beschlusskammer einen Sicherheitsabschlag in Erwägung ziehen.
- Insbesondere aufgrund der zahlreichen methodischen Defizite ist die von der Beschlusskammer beabsichtigte Auswahl – zwischen dem berechneten Wert nach der Törnquist-Methode und nach der Malmquist-Methode – fehlerhaft.
- Plausibilisierungsbemühungen zeigen zudem, dass der Törnquist-Wert die untere Bandbreite für die vorliegende Festlegung bilden muss. Ein genereller sektoraler Produktivitätsfaktor größer Null lässt sich nicht rechtfertigen. Hilfsweise muss die Festlegung mit einem Sicherheitsabschlag (in Höhe von mindestens 50%) versehen werden.

- Beide Werte fallen deutlich zu hoch aus. Ein positiver genereller sektoraler Produktivitätsfaktor lässt sich für die vierte Regulierungsperiode Strom nicht rechtfertigen. Vielmehr ist eine solche Prognose mit Blick auf den Investitionsbedarf in Folge der Energiewende nicht mehr zeitgemäß und auch nicht sachgerecht.

Im Einzelnen:

II. Allgemeine Vorbemerkung

Die Bundesnetzagentur hat in dem Festlegungsentwurf einen generellen sektoralen Produktivitätsfaktor in Höhe von 0,91 % ermittelt. Damit ist der generelle sektorale Produktivitätsfaktor im Vergleich zur Vorperiode im Wesentlichen stabil geblieben.

Dieses Prognoseergebnis aus dem Festlegungsentwurf ist vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Bedeutung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors weder nachvollziehbar noch belastbar und bremst die Energiewende aus.

Mit Blick auf die Herausforderungen der Energiewende verwundert es, dass die Bundesnetzagentur ihren Spielraum sogar (faktisch) zur Verschärfung der Produktivitätsvorgaben für die vierte Regulierungsperiode nutzt, indem sie im Vergleich zur Vorperiode auf einen Sicherheitsabschlag verzichtet.

Diese methodische Entscheidung sollte die Bundesnetzagentur nochmals überdenken, zumal die bisherige Begründung (keine eklatante Abweichung des berechneten Wertes zum Festlegungsentwurf für die Gasnetzbetreiber) nicht überzeugen kann, gerade auch, weil eben noch kein finaler Wert für die Gasnetzbetreiber feststeht.

Zudem begegnet die schematische Übernahme der Methodik aus der dritten Regulierungsperiode rechtlichen Bedenken, sodass wir erhebliche Zweifel haben, dass der generelle sektorale Produktivitätsfaktor für die Stromnetzbetreiber nach dem Stand der Wissenschaft i.S.d. § 9 Abs. 3 ARegV ermittelt wurde.

Es ist zwar richtig, dass der Bundesgerichtshof die Festlegung zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor für die dritte Regulierungsperiode Strom für rechtmäßig befunden hat,

vgl. BGH, Beschlüsse vom 27. Juni 2023, u.a. Az. EnVR 22/22; Beschlüsse vom 30. Januar 2024, u.a. Az. EnVR 32/22.

Die Berufung auf eine höchstrichterliche Rechtsprechung ist aber nicht immer ein Garant dafür, dass ein methodisches Vorgehen – ohne weitere Prüfung – auch für die Folgeperiode übernommen werden kann. So hat das OLG Düsseldorf aktuell unter Berufung auf die höchstrichterliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darauf verwiesen, dass der Umstand, dass eine bestimmte methodische Vorgehensweise in vergangenen Regulierungsperioden gerichtlich unbeanstandet geblieben ist, allein nicht dazu führen kann, dass eine solche auch weiterhin unbesehen als zur Erzielung angemessener Ergebnisse geeignet angesehen werden kann,

vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. August 2024, Az.: VI-3 Kart 718/21 [V], Seite 101.

Zudem erlauben wir uns den Hinweis, dass gegen die vorbezeichneten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor für die Stromnetzbetreiber für die dritte Regulierungsperiode Verfassungsbeschwerden beim Bundesverfassungsgericht anhängig sind. Solange diese gerichtlichen Verfahren nicht abgeschlossen sind, werden die Kritikpunkte zum Festlegungsverfahren aus der dritten Regulierungsperiode aufrechterhalten.

Zudem ist nach der Methode der Anreizregulierung davon auszugehen, dass mögliche Effizienzpotentiale und die Möglichkeiten zur Produktivitätssteigerung nach drei Regulierungsperioden weitestgehend ausgeschöpft sind. Für die erste und zweite Regulierungsperiode, also vom Übergang aus einem nicht regulierten Zustand in einen regulierten Zustand, schien ein positiver genereller sektoraler Produktivitätsfortschritt gerade noch plausibel zu sein (auch wenn die festgelegten Werte des Verordnungsgebers deutlich zu hoch waren). Nach 15 Jahren der Anreizregulierung bzw. nach 18 Jahren der Entgeltregulierung und mit Blick auf die aktuellen Transformationsaufgaben ist dies nicht mehr der Fall. Das Ergebnis des Festlegungsentwurfs scheint ausschließlich methodisch bedingt zu sein. Auch vor diesem Hintergrund erscheint der konsultierte Wert nicht nachvollziehbar.

Insbesondere wird im Rahmen der Stellungnahme aufgezeigt, dass sich die Behauptung der Bundesnetzagentur als unzutreffend erweist, dass den Rechtsunsicherheiten durch die Auswahl des unteren Endes der Bandbreite hinreichend Rechnung getragen wird. Vielmehr kann – wenn die Beschlusskammer nicht grundsätzlich davon Abstand nimmt, einen positiven generellen

sektoralen Produktivitätsfaktor festzulegen – den Rechtsunsicherheiten nur damit begegnet werden, dass das untere Ende der Bandbreite mit einem Sicherheitsabschlag (mindestens 50 %) versehen wird. Dies war letztendlich auch der ausschlaggebende Grund für den Bundesgerichtshof, den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor für die dritte Regulierungsperiode Strom als rechtmäßig zu bewerten,

vgl. BGH, Beschluss vom 30. Januar 2024, Az.: EnVR 32/22, Rz. 132.

Ohne einen vergleichbaren (hilfsweise anzusetzenden) Sicherheitsabschlag kann sich die Bundesnetzagentur zur Rechtfertigung nicht auf die höchstrichterliche Rechtsprechung berufen. Unabhängig davon, sollte die Bundesnetzagentur in erster Linie darauf verzichten, einen positiven generellen sektoralen Produktivitätsfaktor festzulegen, da er sich, was nachfolgend aufgezeigt wird, nicht rechtfertigen lässt.

Das vorliegende Festlegungsverfahren beinhaltet ohne Frage schwierige ökonometrische Fragestellungen und Bewertungen. Trotzdem muss der Festlegungsprozess fachwissenschaftlichen Mindeststandards in jeder Hinsicht genügen.

Dies zeigt bereits der neue Rechtsrahmen in Gestalt von § 73 Abs. 1b EnWG.

Ein differenziertes, vorsichtiges und ergebnisoffenes Vorgehen schafft Transparenz und damit gleichzeitig Akzeptanz, die erforderlich ist, damit die Netzwirtschaft die Herausforderungen der Energiewende meistern kann. Nur durch ein solches restriktives Verständnis und Vorgehen wird der Spielraum der Regulierungsbehörde in verfassungskonformer Weise begrenzt und damit praktische Konkordanz zwischen den verschiedenen gegenläufigen Interessen hergestellt.

Vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Bedeutung der Festlegung zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor bitten wir die Beschlusskammer, die nachfolgend aufgeführten Kritikpunkte aufzugreifen und in die Entscheidung einzubeziehen.

III. Ergebnisoffene Prüfung notwendig

In dem Festlegungsentwurf werden die einzelnen methodischen Entscheidungen – insbesondere mit Rekurs auf die gerichtlichen Verfahren aus der dritten Regulierungsperiode – in der Regel äußerst kurz begründet. Da die gerichtliche Kontrolle der Beschwerdegerichte aufgrund der Spielräume der Beschlusskammer reduziert ist, ist die Begründung zu den

entscheidenden Stellschrauben der Regulierungsentscheidung – wie z.B. zum Stützintervall, zu den Abschreibungen, zu den Eigen- und Fremdkapitalzinsen, zum Deflator, zu den Eigenkapitalzinssätzen bei der Malmquist-Methode – elementar wichtig, damit Rechtsschutz durch ein gerichtliches Verfahren gewährleistet werden kann.

Dies zeigt im Übrigen auch der neue **§ 73 Abs. 1b EnWG:**

„*(1b) Die Bundesnetzagentur hat eine Festlegung nach § 29 Absatz 1 und 2 umfassend zu begründen, so dass die sie tragenden Teile der Begründung von einem sachkundigen Dritten ohne weitere Informationen und ohne sachverständige Hilfe aus sich heraus nachvollzogen werden können. Liegen der Festlegung der Bundesnetzagentur nach § 29 Absatz 1 und 2 ökonomische Analysen zugrunde, müssen diese dem Stand der Wissenschaft entsprechen*.“,

> vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben und zur Änderung weiterer energierechtlicher Vorschriften, BR-Drs. 230/23, S. 38, siehe auch BT-Drs. 20/7310, S. 37.

Der Gesetzgeber führt hierzu aus, dass angesichts der größeren Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde die Verfahrensanforderungen angehoben werden sollen, insbesondere auch, um eine gerichtliche Überprüfung zu ermöglichen:

„*Die Regelung stellt in Satz 1 klar, dass Festlegungen der Bundesnetzagentur nach § 29 Absatz 1 und 2 so umfassend und verständlich begründet sein müssen, dass diese für einen sachkundigen Dritten nachvollziehbar sind. Diese verfahrensrechtliche Anforderung an Entscheidungen der Bundesnetzagentur berücksichtigt, dass eine normative Vorstrukturierung der Entscheidungen der Bundesnetzagentur nicht mehr möglich sein wird und dadurch die Bedeutung der gerichtlichen Überprüfbarkeit sowie der Nachvollziehbarkeit für die Betroffenen ansteigt. Um insbesondere für die Betroffenen ausreichende Transparenz hinsichtlich der wesentlichen Motivation einer Entscheidung herzustellen und den Gerichten eine umfassende Überprüfung der Entscheidungen der Bundesnetzagentur zu ermöglichen, werden die verfahrensrechtlichen Anforderungen an eine Entscheidung bezüglich der Begründung gestärkt. Liegen der Festlegung der Bundesnetzagentur nach § 29 Absatz 1 und 2 ökonomische Analysen zugrunde, müssen diese nach Satz 2 dem Stand der Wissenschaft entsprechen. Damit wird ein Maßstab für die rechtliche Beurteilung der entsprechenden Analysen klargestellt*.“,

vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben und zur Änderung weiterer energierechtlicher Vorschriften, BR-Drs. 230/23, S. 133, siehe auch BT-Drs. 20/7310, S. 115.

Der Bundesgerichtshof hat wegen dieser Vorschrift angedeutet, dass ein Paradigmenwechsel in der Netzentgeltregulierung im Hinblick auf die gerichtliche Kontrolle von regulierungsbehördlichen Entscheidungen angezeigt sein könne,

vgl. BGH, Beschluss vom 30. Januar 2024, Az. EnVR 32/22, Rz. 14.

Mit Blick auf die Transformationsprozess und die Energiewende darf es ein „Weiter so!“ nicht geben. Die erforderlichen Sachverhaltsermittlungen und Abwägungen müssen im Verwaltungsverfahren erfolgen (sog. Prozeduralisierung der behördlichen Entscheidung) und diese Erwägungen müssen erschöpfend – und nicht nur kurz – in der Regulierungsentscheidung dokumentiert werden, insbesondere, wenn es sich um streitige und wichtige Stellschrauben der Regulierungsentscheidung handelt, die das Endergebnis unmittelbar beeinflussen.

Denn Rechtschutz durch die Einhaltung des Verfahrens heißt, dass die formellen Anforderungen (z.B. rechtliches Gehör, Transparenz und umfangreiche Begründung) an erheblicher Bedeutung gewinnen. Ein solches Verständnis würde das Vertrauen in die Regulierung verstärken.

Vor diesem Hintergrund ist auch beim Festlegungsentwurf für die Stromnetzbetreiber die gutachterliche Aufbereitung durch die WIK Consult GmbH zu kritisieren, hier in dem Sachverständigengutachten „Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für die vierte Regulierungsperiode Strom und Gas“ vom 24. Mai 2023 (nachfolgend auch „WIK-Gutachten“). Ein Sachverständigengutachten soll zur Vorbereitung eines komplexen Verwaltungsverfahrens die entscheidungserheblichen Tatsachen ermitteln, feststellen und bewerten und dadurch die Feststellung durch die Behörde ermöglichen, um so zur Klärung von rechtlichen Schlussfolgerungen beizutragen.

Insbesondere bei ökonomischen Fragestellungen soll das Sachverständigengutachten den Stand der Fachwissenschaft aufbereiten. Nur in diesem Fall kann das Sachverständigengutachten als Entscheidungshilfe dienen.

Indes geht das WIK-Gutachten darüber hinaus und nimmt teilweise anhand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes eigene rechtliche Würdigungen vor und beurteilt, inwieweit ein methodisches Vorgehen greifbar überlegen sein soll.

Die Gutachter der WIK Consult GmbH sind nicht dazu berufen, Rechtsfragen für die Bundesnetzagentur zu klären. Vielmehr ist die Auswahlentscheidung final von der Beschlusskammer zu treffen. Es fällt zudem auf, dass sich die Gutachter der WIK Consult GmbH solcher Argumentationsmuster bedienen, die die Bundesnetzagentur im gerichtlichen Verfahren für die dritte Regulierungsperiode verwendet hat.

Dies verstärkt den Eindruck, dass eine ergebnisoffene Prüfung nur bedingt stattgefunden hat, was angesichts der wirtschaftlichen Auswirkungen des Festlegungsentwurfs nicht akzeptabel ist.

Wir hätten uns gerade in Anbetracht der kontroversen Diskussionen zur dritten Regulierungsperiode ein deutlich ausgewogeneres Gutachten bzw. eine deutlich ausgewogenere Festlegung gewünscht, in dem nicht alle umstrittenen Fragen unreflektiert zu Gunsten der Beschlusskammer beantwortet werden, zumal bereits einleitend erörtert worden ist, dass ein genereller sektoraler Produktivitätsfaktor größer Null für die Stromnetzbetreiber keinesfalls gerechtfertigt ist.

Auf diese Weise kann nach unserer Auffassung eine ergebnisoffene Prüfung nicht stattfinden.

V. Aktuelle Entwicklungen – Keine schematische Prognose aus historischen Daten

Bei der Bestimmung des Produktivitätsfaktors im Kontext der Anreizregulierung geht es um eine Prognose, welche Produktivitätsfortschritte in der Zukunft von den Netzbetreibern zu erwarten sind. Der Produktivitätsfaktor ist eine regulatorische Größe, die nicht direkt beobachtet werden kann, sondern sie muss auf Basis von verschiedenen Daten und Methoden abgeleitet und prognostiziert werden. Denklogisch geht es somit um zukunftsbezogene Entscheidungen.

Prognosen sind bei sich nicht verändernden äußeren Umständen, d.h. in „normalen Jahren“, auf der Grundlage historischer Daten gut fortzuschreiben.

Ändern sich jedoch Umstände durch einen Paradigmenwechsel so offensichtlich, wie aktuell in Deutschland und europa- und weltweit, kann eine Prognose nicht ausschließlich auf historischen Daten beruhen, ohne aktuelle Entwicklungen zu berücksichtigen (zumal die Daten des Jahres

2023 nicht genutzt werden, sodass faktisch das längste Stützintervall der Törnquist-Methode gar nicht zu Grunde gelegt wird). Von der Vergangenheit auf die Zukunft zu schließen, sollte generell immer einer sorgfältigen und kritischen Untersuchung unterzogen werden.

Dies gilt insbesondere in Anbetracht der aktuellen Umstände: Seit dem Jahr 2022 haben sich die Kapitalmarktverhältnisse erheblich geändert. So lag die Inflation in Deutschland für das Jahr 2022 im Durchschnitt bei 6,9 %. Die Zentralbanken haben hierauf mit einer Erhöhung der Leitzinsen reagiert. Im Moment liegt der Leitzinssatz bei 4,25 %. Zudem beginnt die „heiße Phase" der Energiewende. Denn der Transformationsprozess erfordert einen massiven Investitionsbedarf in die Stromnetze.

Diese Entwicklungen muss die Beschlusskammer im Rahmen des Festlegungsverfahrens berücksichtigen. Denn diese tatsächlichen Veränderungen haben Auswirkungen auf Vorleistungspreise, Löhne und Fremdkapitalzinsen und allen voran auf die Preise für Anlagegüter sowie die Eigenkapitalzinsen. Nicht verständlich ist es daher, dass bei der Malmquist-Methode durch die Verwendung der festgelegten Eigenkapitalzinsätze für die vierte Regulierungsperiode ein negativer Trend für die Entwicklung der Zinsen unterstellt wird, der unter dem Regime der Zinswende keine Gültigkeit besitzt.

Bei einer rückwärtsgerichteten Betrachtung werden zudem der Transformationsprozess bzw. die Energiewende völlig ausgeblendet. Dies ist bei der Malmquist-Methode umso problematischer, weil dort sogar nur die Daten bis zum Jahr 2021 in die Betrachtung einfließen, sodass aktuelle Entwicklungen im Rahmen dieser Berechnung keine Berücksichtigung finden können.

Es zeigt sich, dass unter den aktuellen Umständen eine Prognose eines generellen sektoralen Produktivitätsfaktors allein auf Basis von historischen Daten nicht gerechtfertigt ist.

Die Beschlusskammer sollte diesem Mangel bzw. die erheblichen Unsicherheiten des vergangenheitsbasierten Prognoseverfahrens durch einen **zusätzlichen Sicherheitsabschlag** in Höhe von **min. 50%** Rechnung tragen (wenn die Beschlusskammer nicht grundsätzlich davon Abstand nimmt, einen positiven generellen sektoralen Produktivitätsfaktor festzulegen). Andernfalls überschätzt der generelle sektorale Produktivitätsfaktor in Höhe von 0,91 % die Produktivitätsentwicklung der Stromnetzwirtschaft offenkundig.

IV. Törnquist-Methode

Die Bundesnetzagentur hat nach der Törnquist-Methode einen generellen sektoralen Produktivitätsfaktor in Höhe von 1,20 % ermittelt. Der berechnete Wert ist offenkundig deutlich übersetzt und kann daher nicht als oberes Ende der Bandbreite dienen. Vielmehr werden wir aufzeigen, dass der generelle sektorale Produktivitätsfaktor nach der Törnquist-Methode mindestens mit Null anzusetzen ist.

Im Einzelnen:

1. Törnquist-Methode – Datengrundlage und Datenqualität

Wie bereits in der dritten Regulierungsperiode hat die Beschlusskammer zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nach der Törnquist-Methode eine umfangreiche Datenerhebung durchgeführt. Dabei begrüßen wir es ausdrücklich, dass die Beschlusskammer sowohl die aggregierten Daten als auch die netzbetreiberindividuellen Daten veröffentlicht hat.

Denn die Berechnung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors hängt wesentlich von der Qualität und Güte der Daten ab. Aus den gerichtlichen Verfahren der dritten Regulierungsperiode ist allerdings bekannt, dass eine Vielzahl der Netzbetreiber die Daten für die früheren Jahre (insbesondere des Jahres 2006) nicht liefern konnten. Damit stand im Raum, dass gerade dem Anfangsjahr, dem eine tragende Stellung im Rahmen der Berechnung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors zukommt, eine schlechte Datenqualität zu Grunde liegt.

Die Tatsache, dass für das Jahr 2006 keine belastbare Datengrundlage existiert, wurde auch im Konsultationsverfahren zur 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 (Az.: BK4-22-084) moniert,

vgl. BDEW, Datenerhebung Xgen Strom, Stellungnahme vom 24. August 2022, S. 6 f.

Die Bundesnetzagentur muss angesichts dieser Zweifel darlegen, dass die Qualität und Güte der Daten des Jahres 2006 gegeben sind.

Insbesondere muss die Bundesnetzagentur im Einzelnen darlegen, ob die Daten direkt dem testierten (!) Jahresabschluss entnommen werden konnten oder ob die Daten von den

Netzbetreibern geschätzt worden sind. Denn ein wissenschaftliches Vorgehen erfordert, dass die Daten einheitlich erhoben worden sind. Ist dies nicht der Fall, dann sind die Daten des Jahres 2006 nicht in das Stützintervall einzubeziehen.

Insbesondere muss verwundern, dass die im Törnquist-Tool veröffentlichten aggregierten Daten **erheblich** von dem Datensatz der dritten Regulierungsperiode abweichen. Insbesondere die ergebnisrelevante Position in der Gewinn- und Verlustrechnung „Umsatz ohne Umlagen" wies in der dritten Regulierungsperiode für das Jahr 2006 noch einen Betrag in Höhe von 23.407.620.110 € aus. In der vierten Regulierungsperiode beträgt diese Position nun 22.157.807.410,97 €. Dies ist eine Differenz in Höhe von **1.249.812.699,03 €**.

In Anbetracht der Tatsache, dass der Umsatz für das Jahr 2006 aufgrund des Sondereffekts der Mehrerlösabschöpfung schon per se zu niedrig ausgewiesen wird, wird dieser nicht erklärbare Rückgang von der Beschlusskammer in dem Beschlussentwurf mit keinem Wort gewürdigt. Dies ist auch deswegen erörterungsbedürftig, da der generelle sektorale Produktivitätsfaktor auf 0,85 % sinken würde, wenn man die Umsätze des Jahres 2006 aus der dritten Regulierungsperiode der Berechnung zu Grunde legen würde. Da die Netzentgelte der Monitoringberichte bei der Preisbereinigung zudem unterjährige Netzentgeltabsenkungen im Jahr 2006 nicht berücksichtigen und damit zu hoch ausgewiesen werden, dürfte davon auszugehen sein, dass sich dieser verzerrende Effekt zu Lasten der Netzbetreiber noch verstärkt.

2. Törnquist-Methode – Verzerrender Einfluss des Ausreißerjahres 2006

Die Bundesnetzagentur hat einen generellen sektoralen Produktivitätsfaktor nach der Törnquist-Methode in Höhe von 1,20% errechnet, wobei sie dieser Berechnung das **Stützintervall mit den Jahren 2006 bis 2022** zugrunde legt.

Indes ist die Festlegung eines generellen sektoralen Produktivitätsfaktor nur gerechtfertigt, wenn der berechnete Faktor auf einer belastbaren Prognosegrundlage beruht.

Vorliegend erfolgt – wie bereits ausgeführt – mit dem zur Konsultation gestellten Festlegungsentwurf eine Prognose auf Basis von historischen Daten.

D.h. die Vergangenheit (z. B. beim Törnquist mittels der Daten von 2006 bis 2022) soll für die Zukunft (2024 bis 2028, die Jahre der vierten Regulierungsperiode) repräsentativ sein.

Es dürfen daher nicht die Daten eines Ausreißerjahres, hier durch den Beginn der Regulierung, in die Berechnung einbezogen werden, die das Endergebnis offensichtlich verzerren.

Angesichts dessen, dass das Jahr 2006 den Beginn der Regulierung markiert, genau deswegen von zahlreichen Übergangsregelungen geprägt war und in diesem Jahr auch noch zahlreiche Umstrukturierungen bei den Netzbetreibern stattgefunden haben, kann keine Rede davon sein, dass zwischen dem Jahr 2006 und der vierten Regulierungsperiode vergleichbare Rahmenbedingungen vorherrschen. Zumindest muss sich die Beschlusskammer hierzu äußern.

Dementsprechend darf das Stützintervall bei der Törnquist-Methode nicht mit dem Jahr 2006 beginnen, weil sich diese Daten nicht für einen Zeitreihenvergleich eignen.

Wie in der Vorbemerkung erläutert, sind die gerichtlichen Verfahren, insbesondere mit Blick auf die ausstehenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, noch nicht abgeschlossen, sodass die Kritikpunkte aus der dritten Regulierungsperiode, auch zum Ausreißerjahr 2006, vollumfänglich ihre Gültigkeit behalten.

Der generelle sektorale Produktivitätsfaktor für die vierte Regulierungsperiode muss jedenfalls nicht die gesamte Entwicklung der Vergangenheit über das (angeblich längste) Stützintervall beinhalten, insbesondere nicht, wenn mit der Einführung der Regulierung im Jahr 2006 ein Ausreißerjahr einbezogen wird, dass ersichtlich keine Aussage über die Produktivitätsentwicklung für die vierte Regulierungsperiode treffen kann.

Auf diese Weise verfehlt die zukunftsgerichtete Prognose offensichtlich ihren Zweck.

Dass die – hier nicht erfolgte – Verwendung des längsten Stützintervalls immer zu belastbaren Prognoseergebnissen führt, entspricht unserer Einschätzung nach nicht dem Stand der Wissenschaft oder der internationalen Regulierungspraxis. Daher ist es auch nicht sachgerecht, dass die WIK Consult GmbH die Auswahl des längsten Stützintervalls unter anderem mit Blick auf das Festlegungsverfahren der niederländischen Regulierungsbehörde, ACM, rechtfertigt,

> vgl. WIK Consult GmbH, Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für die vierte Regulierungsperiode Strom und Gas, vom 24. Mai 2023, S. 48 f.

Richtig ist zwar, dass sich die niederländische Regulierungsbehörde ACM allgemein für einen möglichst langen Zeitraum ausspricht. Die niederländische Regulierungsbehörde schließt aber explizit die ersten Jahre nach Einführung der Regulierung aus, weil in dieser Zeit die Produktivität übermäßig stark angestiegen ist **und dieser Anstieg der Produktivität nicht repräsentativ für die Prognose ist** (in den Niederlanden wurde die Regulierung bereits zur Jahrtausendwende eingeführt):

„[…] *Für die Regulierungsperiode 2017-2021 hat sich die ACM dafür entschieden, die Produktivitätsveränderung des Jahres 2006 als Ausgangspunkt für die Messreihe zu verwenden.* ***Der Grund dafür war, dass in den ersten fünf Jahren nach Beginn der Regulierung möglicherweise noch Auswirkungen einer starken anfänglichen Effizienzsteigerung enthalten und daher weniger repräsentativ sind****.“,*

> vgl. ACM, Methodebesluit regionale netbeheerders gas 2022-2026, Besluit van de Autoriteit Consument & Markt als bedoeld in artikel 81, eerste lid, van de Gaswet, Rz. 305, frei übersetzt, Hervorhebung hinzugefügt.

Aus diesen Ausführungen wird deutlich, dass von der Regulierungsbehörde im Rahmen der Berechnung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors zwingend zu prüfen ist, inwieweit die Vergangenheit für die Zukunft repräsentativ ist, sodass die Vergangenheit auch für die Zukunft fortgeschrieben werden kann.

Unabhängig davon zeigte sich schon in der dritten Regulierungsperiode der verzerrende Einfluss des Jahres 2006. Dies wurde obergerichtlich auch bestätigt,

> vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. März 2023, Az.: VI-3 Kart 147/19 [V], S. 54 ff.

Der verzerrende Einfluss setzt sich in der Prognose für die vierte Regulierungsperiode nicht nur fort, sondern er ist nun offensichtlich. Denn nur durch die Einbeziehung des Jahres 2006 ergibt sich ein genereller sektoraler Produktivitätsfaktor bei der Törnquist-Methode größer 1%:

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
2022	1,2	0,28	0,18	-0,43	-1,12	-0,82	-1,14	-1,08	-1,08	-0,88	-0,78	-0,84	-0,79	-2,24	-2,47

Das Prognoseergebnis der Törnquist-Methode ist unter Einbeziehung des Jahres 2006 nicht belastbar, wenn nur durch die Einbeziehung eines einzigen Jahres ein bestimmtes Ergebnis erreicht wird. Zumindest ist dieser Befund entsprechend zu interpretieren.

Es mag zwar sein, dass der Bundesgerichtshof die Einbeziehung des Jahres 2006 in das Stützintervall für die dritte Regulierungsperiode gebilligt hat. Daraus können indes keine Rückschlüsse für die vierte Regulierungsperiode gezogen werden. Denn letztendlich muss die Beschlusskammer in jeder Regulierungsperiode eine neue Überprüfung und Bewertung der Angemessenheit des von ihr ausgewählten Stützintervalls vornehmen.

Nach unserer Auffassung ist daher zwingend, das Ausreißerjahr 2006 aus dem Betrachtungszeitraum auszuschließen, da die dortigen Entwicklungen für die vierte Regulierungsperiode keinesfalls repräsentativ sind und das Ausreißerjahr 2006 die Berechnungen nach der Törnquist-Methode offensichtlich verzerrt.

3. Törnquist-Methode – Weitere Plausibilisierung des Stützintervalls notwendig

Die Bundesnetzagentur ist der Auffassung, dass die durchgeführte Plausibilisierung die Einschätzung der Beschlusskammer stützen würde, dass der festgelegte generelle sektorale Produktivitätsfaktor unter Ansatz der vollständigen und ungekürzten Zeitreihe (gemeint sind die Jahre 2006 bis 2022) auch im Vergleich mit um das Jahr 2006 verkürzten Stützintervallen als robust anzusehen sei. Das Stützintervall aufgrund der aufgezeigten Schwankungen zu verkürzen, sei demgegenüber willkürlich. Aus diesem Grund erachte die Beschlusskammer es als geboten, die Jahre 2006 bis 2022 zu berücksichtigen und somit zugunsten eines möglichst langen Stützintervalls auf die gesamten zur Verfügung stehenden Daten abzustellen.

Diese Einschätzung teilen wir nicht.

Obwohl die Bundesnetzagentur in dem Festlegungsentwurf durch ihre Plausibilisierung die älteren Jahre stärker gewichtet, was angesichts des Prognosecharakters ein bemerkenswertes Vorgehen ist, zeigt sich auch bei der von der Bundesnetzagentur durchgeführten Plausibilisierung, dass der generelle sektorale Produktivitätsfaktor gegen Null tendiert, je näher die Werte an die Gegenwart hin zum längstmöglichen Stützintervall rücken:

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
2008	6,04	3,33	3,14	2,31	1,81	1,27	0,96	0,81	0,64	0,91	0,63	0,73	0,28

Dieser Umstand wird von der Bundesnetzagentur überraschenderweise nicht gewürdigt, obwohl die Bundesnetzagentur bei dem Festlegungsentwurf für die vierte Regulierungsperiode Gas die Entwicklung der Werte bei der Ergebnisinterpretation berücksichtigt hat,

> vgl. Bundesnetzagentur, Beschlussentwurf zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor für die vierte Regulierungsperiode Gas, 6. September 2023, Az. BK4-22-085, S. 23.

Darüber hinaus hat das WIK-Gutachten weitere Plausibilisierungsmethoden identifiziert.

So hebt das WIK ausdrücklich die Möglichkeit hervor, den näher an der Gegenwart liegenden Zeiträumen ein stärkeres Gewicht bei der Plausibilisierung beizumessen:

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
2022	1,2	0,28	0,18	-0,43	-1,12	-0,82	-1,14	-1,08	-1,08	-0,88	-0,78	-0,84	-0,79	-2,24	-2,47

Es erstaunt, dass die Bundesnetzagentur diese zukunftsgerichtete Plausibilisierung nicht durchführt, obwohl das WIK eine solche Prüfung für die Gasnetzbetreiber vornimmt,

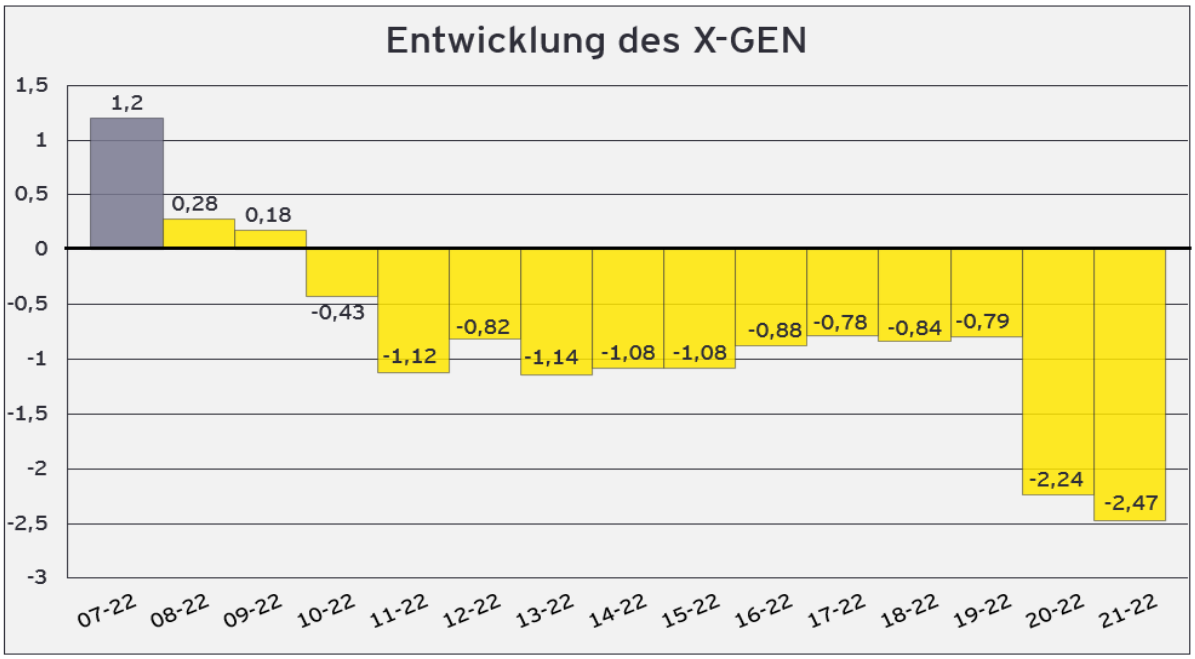
> vgl. WIK Consult GmbH, Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für die vierte Regulierungsperiode Strom und Gas, vom 24. Mai 2023, S. 109 f.,

und die Beschlusskammer sich in dem Festlegungsentwurf für die Gasnetzbetreiber diese Form der Plausibilisierung zu eigen gemacht hat,

> vgl. Bundesnetzagentur, Beschlussentwurf zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor für die vierte Regulierungsperiode Gas, 6. September 2023, Az. BK4-22-085, S. 23 f.

Dies erweckt nicht gerade den Eindruck, dass die Ergebnisse zur Validierung des Stützintervalls im hiesigen Festlegungsentwurf für die Stromnetzbetreiber ergebnisoffen bewertet werden.

Die Bundesnetzagentur muss vor diesem Hintergrund erläutern, welchen Sachgrund es gibt, eine entsprechende zukunftsgerichtete Plausibilisierung nicht durchzuführen, zumal unter Berücksichtigung dieser Plausibilisierung festzustellen ist, dass der nach der Törnquist-Methode berechnete Wert in Höhe von 1,20 % keinesfalls repräsentativ für die vierte Regulierungsperiode ist, **da sich nur durch die Einbeziehung des Jahres 2006 ein Wert über 1 % ergibt:**



Darüber hinaus gibt es im Gegensatz zu dritten Regulierungsperiode diesmal konkrete Anhaltspunkte dafür, dass im Stützintervall zur Törnquist-Methode ein **verfestigter negativer Trend** vorhanden ist, nicht nur, weil sich der generelle sektorale Produktivitätsfaktor seit dem Jahr 2010 ausschließlich im negativen Bereich befindet (dies sind immerhin 12 (!) von 15 möglichen Veränderungspunkten), sondern auch, weil sich die Werte ab dem Jahr 2020 wieder deutlich in den negativen Bereich entwickeln.

Offensichtlich ist bei dieser Sachlage ein genereller sektoraler Produktivitätsfaktor größer Null nicht gerechtfertigt, was sich auch daran zeigt, dass der Wert um Null tendiert, wenn ein Stützintervall ausschließlich mit den Jahren der Anreizregulierung ausgewählt wird.

Dies zeigt nicht nur, dass der berechnete Törnquist-Wert in Höhe von 1,20 % nicht belastbar ist, sondern auch, dass nicht der Malmquist-Wert, sondern der Törnquist-Wert das untere Ende der Bandbreite bildet. Zudem stellt der negative Trend im Rahmen der Törnquist-Methode auch die Belastbarkeit des berechneten Werts nach der Malmquist-Methode in Höhe von 0,91 % in Frage.

Allein vor diesem Hintergrund muss die Beschlusskammer mindestens über einen Sicherheitsabschlag auch für dieses Festlegungsverfahren nachdenken (wenn die

Beschlusskammer nicht grundsätzlich davon Abstand nimmt, einen positiven generellen sektoralen Produktivitätsfaktor festzulegen).

4. Törnquist-Methode – Keine belastbare Preisbereinigung (Deflator)

Nach unserer Auffassung sind die durchschnittlichen Netzentgelte der Haushalts-, Gewerbe- und Industriekunden aus den Monitoringberichten als Deflator zur Preisbereinigung der Umsatzerlöse ungeeignet, um einen belastbaren generellen Produktivitätsfaktor herzuleiten.

Dies wurde auch durch den gerichtlich bestellten Sachverständigen in den Beschwerdeverfahren zum generellen sektoralen Produktivitätsfaktor für die dritte Regulierungsperiode Gas bestätigt, der den von der Bundesnetzagentur verwendeten Deflator der Netzentgelte als Ursache für die hohe Volatilität des berechneten generellen sektoralen Produktivitätsfaktors der dritten Regulierungsperiode Gas ausmachte.

Der gerichtliche Sachverständige hatte der Bundesnetzagentur daher empfohlen, den Deflator der Netzentgelte einer eingehenden Untersuchung zu unterziehen.

Dieser Empfehlung sollte die Bundesnetzagentur unbedingt nachkommen, zumal die Beschlusskammer sogar in dem konsultierten Beschlussentwurf nicht abstreitet, dass die Auswahl des Preisindex zur Preisbereinigung der Umsatzerlöse von hoher Bedeutung ist, da der generelle sektorale Produktivitätsfaktor für die Stromnetzbetreiber sehr sensitiv auf die Preisbereinigung reagiert. Es erschließt sich daher nicht, dass die Beschlusskammer das vorliegende Festlegungsverfahren nicht dazu nutzt, um bekannte Schwächen aus der dritten Regulierungsperiode aufzugreifen und abzustellen, insbesondere, da die bekannten Schwächen offensichtlich fortbestehen.

So wurde seit der dritten Regulierungsperiode moniert, dass in den Monitoringberichten eine Durchschnittsbildung der Netzentgelte erfolgt, d.h., die Lieferanten für die einzelnen Netzgebiete das tatsächlich gezahlte Netzentgelt nicht angeben. Zu Recht haben daher bereits die Verbände bei der Datenerhebung kritisiert, dass die Netzentgelte direkt bei den Netzbetreibern abgefragt werden sollten, da diese Abfrage dazu genutzt werden könnte, einen sachgerechten Deflator zu ermitteln, der zudem auf repräsentativen Abnahmefällen beruht.

Die Art der Erhebung der Netzentgelte im Monitoringbericht wirft dagegen Zweifel auf, ob die Abfrage der Netzentgelte in den Monitoringberichten – wie der Beschlussentwurf ohne Begründung behauptet – tatsächlich als klassische Datenvollerhebung angesehen werden kann. Der Vorteil einer Datenvollerhebung hängt wesentlich von der Qualität der Daten ab. Da die Daten aber nicht bei den Netzbetreibern direkt erhoben werden, ist sowohl die Qualität als auch die Repräsentativität der Datengrundlage der Monitoringberichte bis dato nicht bewiesen.

Dies zeigt sich insbesondere darin, dass der Monitoring-Index nicht hinreichend berücksichtigt, dass im Jahr 2006 unterjährige Netzentgeltabsenkungen stattgefunden haben, was aus dem Stichtag der Abfrage im April 2006 resultiert. Die in dem Monitoringbericht des Jahres 2006 abgebildeten Netzentgelte stimmen folglich nicht mit den tatsächlichen Netzentgelten des Jahres 2006 überein, weil sie die Netzentgeltanpassungen nicht berücksichtigen. Dieser Aspekt stellt aus unserer Sicht einen Bruch dar, der – neben allen bereits bekannten Argumenten – gegen den gewählten Deflator aber auch gegen das Einbeziehen des Jahres 2006 in das Stützintervall bei der Törnquist-Methode spricht.

Im Monitoringbericht selbst findet sich zudem der Hinweis, dass sich die Netzentgelte des Jahres 2006 nicht für einen Zeitreihenvergleich eignen, d.h., der Monitoringbericht rät im Grunde selbst davon ab, die Daten zu den Netzentgelten des Jahres 2006 zu verwenden:

„*Das Jahr 2006 war durch Sondereffekte bei Einführung der Regulierung geprägt, die dazu führten, dass zu Beginn der Regulierung von Unternehmen überhöhte Netzentgelte ausgewiesen wurden. Erst mit Absenkung der Netzentgelte im Zuge der Regulierung, wurden zunächst fälschlich den Netzentgelten zugeordnete Kosten in den Preisbestandteilen berücksichtigt, denen sie nach dem Verursachungsprinzip tatsächlich zuzurechnen waren. Die nach Aufnahme der Regulierung erfolgten Erhöhungen in anderen Preisbestandteilen als den Netzentgelten, insbesondere im „Vertrieb“, sind damit teilweise eine Folge der Netzentgeltsenkungen.* ***Das Jahr 2006 ist daher als Bezugsjahr für einen Zeitreihenvergleich nur sehr eingeschränkt geeignet*****“**,

> vgl. zuletzt Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt, Monitoringbericht 2020 gemäß § 63 Abs. 3 i.V.m. § 35 EnWG und § 48 Abs. 3 i.V.m. § 53 Abs. 3 GWB, Stand: 1. März 2021, S. 163, dort Fn. 60, Hervorhebung hinzugefügt.

Wenig nachvollziehbar ist auch, warum die Bundesnetzagentur nicht einmal einfach verfügbare Informationen heranzieht, um die Ergebnisse der Preisbereinigung ausreichend zu validieren.

So lehnt die Bundesnetzagentur in dem Beschlussentwurf die Verwendung der Netzentgelte des Statistischen Bundesamtes ab (im Folgenden DESTATIS-Index). Der BGH hat allerdings in der dritten Regulierungsperiode ausdrücklich entschieden, dass der DESTATIS-Index zur Preisbereinigung geeignet ist (vgl. BGH, Beschluss vom 30. Januar 2024, Az. EnVR 32/22, Rz. 87). Dementsprechend ist es nicht nachvollziehbar, dass die Bundesnetzagentur nicht alle ihr zur Verfügung stehenden Informationen bzw. Möglichkeiten nutzt, um aufzuzeigen, dass das ermittelte Ergebnis belastbar ist. **Die Bundesnetzagentur muss den DESTATIS-Index mindestens zur Plausibilisierung der Ergebnisse heranziehen bzw. verwenden, wenn dieser zu einem niedrigeren Törnquist-Wert führt.**

Auf diese Weise könnte auch geprüft werden, ob sich der fehlende Einbezug der Netzentgelte in den Spannungsebenen oberhalb der Mittelspannung tatsächlich nicht verzerrend auf die Berechnung auswirkt. Zu dieser Problematik findet im Beschlussentwurf keine wissenschaftlich nachprüfbare Untersuchung statt, obwohl diese Kritik bereits Gegenstand der gerichtlichen Verfahren zur dritten Regulierungsperiode gewesen ist. Insoweit ist gerade auch zu berücksichtigen, dass der wesentliche Vorteil des DESTATIS-Index darin liegt, dass dieser Index die höheren Spannungsebenen bis hin zur Höchstspannung umfasst.

5. Törnquist-Methode - Fremdkapitalzinsen

Die Kostenposition „Zinsen und ähnliche Aufwendungen“ ist für die Berechnung der Inputpreisentwicklung relevant.

Zur Position „Zinsen und ähnliche Aufwendungen" gehören insbesondere Fremdkapitalzinsen.

Die Bundesnetzagentur verwendet zur Preisbereinigung dieses Inputs die folgenden Umlaufsrenditen:

- die Umlaufsrendite festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten – Anleihen der öffentlichen Hand,
- die Umlaufsrendite festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten – Anleihen von Unternehmen (Nicht-MFIs) und

- die Umlaufsrendite inländischer Inhaberschuldverschreibungen – Hypothekenpfandbriefe.

Es handelt sich dabei um die Umlaufsrenditen aus § 7 Abs. 7 StromNEV in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. August 2013.

Die Fremdkapitalzinsen werden jahresscharf bestimmt, d.h., es werden die Zinssätze des jeweiligen Jahres angesetzt.

Es ist für uns nicht nachvollziehbar, warum die Bundesnetzagentur weiterhin auf die Umlaufsrenditen aus § 7 Abs. 7 StromNEV a.F. abstellt. Aufgrund der aktuellen Kapitalmarktverhältnisse ist der Rückgriff auf die drei Umlaufsrenditen aus § 7 Abs. 7 StromNEV a.F. nicht geeignet, denn die Prognose zum Produktivitätsfaktor muss auch berücksichtigen, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse für die Aufnahme von Fremdkapital in der vierten Regulierungsperiode erheblich geändert haben. Die schematische Fortschreibung der Preisentwicklung aus der Vergangenheit ist nicht sachgerecht.

Zumindest hätte es nahegelegen, die aktuell gültige Regelung in § 7 Abs. 7 StromNEV anzuwenden. Danach sind nur noch die folgenden Umlaufsrenditen zu verwenden:

- die Umlaufsrendite festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten – Anleihen der öffentlichen Hand,
- die Umlaufsrendite festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten – Anleihen von Unternehmen (Nicht-MFIs) und

Dabei ist die Reihe zu den Unternehmensanleihen doppelt zu gewichten. Diese Regelung ist nach Auffassung des Verordnungsgebers angemessen, um den Grad an geschäftlichem Risiko, dem ein gewandelter Netzbetrieb heute ausgesetzt ist, künftig besser abbilden zu können.

Darüber hinaus hat die Bundesnetzagentur sogar selbst in der Festlegung des kalkulatorischen Fremdkapitalzinssatzes für Betreiber von Elektrizitäts- und Gasverteilernetzen im Kapitalkostenaufschlag (Az. BK4-23-001) beschlossen, im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags nochmals abweichende Umlaufsrenditen für die Ermittlung des Fremdkapitalzinssatzes zu verwenden:

- die Umlaufsrendite festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten – Anleihen von Unternehmen (Nicht-MFIs) und
- Kredite an nichtfinanzielle Kapitalgesellschaften über 1 Million Euro, bei einer anfänglichen Zinsbindung mit einer Laufzeit von über einem Jahr bis zu fünf Jahren

Die Bundesnetzagentur begründete dies mit dem Ziel, die Finanzierung der Modernisierung und den Ausbau der Energienetze weiterhin zu gewährleisten und die **Investitionsfähigkeit der Strom- und Gasverteilernetzbetreiber** auch im aktuellen Zinsumfeld generell sicherzustellen,

> vgl. Festlegung des kalkulatorischen Fremdkapitalzinssatzes für Betreiber von Elektrizitäts- und Gasverteilernetzen im Kapitalkostenaufschlag (Az. BK4-23-001), S. 3.

Die Verwendung veralteter Umlaufsrenditen, die nicht die aktuellen Kapitalmarktverhältnisse widerspiegeln, führt zu einer Unterschätzung der tatsächlichen Finanzierungskosten.

6. Törnquist-Methode – Abschreibungen und Eigenkapitalverzinsung

Nach dem Festlegungsentwurf basiert die Entwicklung der Abschreibungen auf den nach Tagesneuwerten gewichteten Indexreihen analog § 6a StromNEV. Die Beschlusskammer nimmt aber nach wie vor eine pauschale konstante Veränderungsrate in Höhe von 1 an. **Damit findet eine Preisentwicklung für Abschreibungen immer noch nicht statt, was angesichts der seit dem Jahr 2022 extrem gestiegenen Beschaffungspreise bemerkenswert ist.** So ist daran zu erinnern, dass der Erzeugerpreisindex gewerblicher Produkte im September 2022 bei 45,8 % lag,

> vgl. BDEW, Fakten und Argumente, Produktivitätsvorgabe Xgen, Hintergründe, Probleme und Lösungsansätze zur Neufestlegung des Xgen durch die BNetzA, 25. November 2022, S. 3.

Nach dem Vorgehen der Beschlusskammer soll über die Nominalverzinsung eine Preisentwicklung berücksichtigt werden. D.h. die Entwicklung soll im Rahmen der Eigenkapitalverzinsung abgebildet werden.

Durch das Abstellen auf die Nominalverzinsung wird lediglich ein Nominalkostenerhalt unterstellt, nicht jedoch ein Realkosten- oder Substanzerhalt, soweit bei den Abschreibungen keine Preisentwicklung berücksichtigt wird,

vgl. Oxera, Methodengutachten Xgen, 12. Oktober 2022, erstellt für den BDEW, S. 23.

Nach § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG darf ein Kapitalgeber eine angemessene, wettbewerbsfähige und risikoangepasste Verzinsung seines eingesetzten Kapitals erwarten. Zudem müssen gemäß § 21 Abs. 2 Satz 3 EnWG die notwendigen Investitionen in die Netze so vorgenommen werden können, dass die Lebensfähigkeit der Netze gewährleistet ist.

Ein Nominalkostenerhalt wird somit beiden normativen Vorgaben des EnWG nicht gerecht.

Wenn die Beschlusskammer indes keine Preisentwicklung bei den Abschreibungen berücksichtigt, wäre es auch nur konsequent, wenn die Beschlusskammer die Entwicklung des Eigenkapitalzinssatzes bei der Herleitung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktor als konstant ansehen würde, da der Kapitalkostenabzug und -aufschlag zu den für die Regulierungsperiode festgelegten Eigenkapitalzinssätzen ermittelt wird,

vgl. Oxera, Methodengutachten Xgen, 12. Oktober 2022, erstellt für den BDEW, S. 27.

So könnten zumindest die Nachteile aus Zinssatzabsenkungen, die es in der vierten Regulierungsperiode aufgrund der Zinswende nicht geben wird, ausgeglichen werden.

Wir haben oben ausgeführt, dass entsprechende Zinssatzabsenkungen, z.B. von der zweiten zur dritten Regulierungsperiode, ein Absenken der Eigenkapitalzinssätze für die vierte Regulierungsperiode implizieren. Die Absenkung der Eigenkapitalzinssätze von 9,21 % auf 6,91 % wirkt zwar, was Oxera zutreffend feststellt, auf den ersten Blick absolut betrachtet nicht hoch. Prozentual wird für Stromnetzbetreiber allerdings eine jährliche Absenkung der Eigenkapitalzinssätze von minus 1,8 % unterstellt, was eine erhebliche Auswirkung auf die netzwirtschaftliche Einstandspreisentwicklung hat,

vgl. Oxera, Methodengutachten Xgen, 12. Oktober 2022, erstellt für den BDEW, S. 28.

Es ist indes nicht sachgerecht, einen Trend fortzuschreiben, der angesichts der aktuellen Kapitalmarktverhältnisse abwegig ist.

Fazit: Entweder müssen die Preissteigerungen für Anlagengüter bei den Abschreibungen berücksichtigt werden oder die Beschlusskammer arbeitet mit einem konstanten Wert im Rahmen der Eigenkapitalverzinsung.

V. Malmquist-Methode

Die von der Beschlusskammer verwendete Malmquist-Methode ist zwar eine wissenschaftlich anerkannte Methode. Wie in der dritten Regulierungsperiode wendet die Beschlusskammer diese jedoch in dem Festlegungsentwurf unwissenschaftlich an.

An verschiedenen Stellen weist die Beschlusskammer darauf hin, dass die jeweiligen Kritikpunkte aus der dritten Regulierungsperiode an der Malmquist-Methode vom BGH verworfen wurden und daher deren Rechtmäßigkeit bestätigt wurde.

Dabei verkennt die Beschlusskammer, dass gegen diese Entscheidungen des BGH – ebenso wie beim generellen sektoralen Produktivitätsfaktor für die Gasnetzbetreiber – noch Verfassungsbeschwerden anhängig sind. Die schlichte Annahme der Rechtmäßigkeit des Vorgehens kann vor diesem Hintergrund nicht überzeugen. Vielmehr hätte sich die Beschlusskammer mit der weiterhin bestehenden Kritik im Einzelnen auseinandersetzen müssen. Dies betrifft insbesondere die Kritik an der Datengrundlage, der Verzicht auf die Einbeziehung der Teilnehmer am vereinfachten Verfahren und die fehlende Bestabrechnung:

- Die **Datengrundlage** ist weiterhin inkonsistent, da über die vier Regulierungsperioden erhebliche endogene und exogene Strukturveränderungen stattgefunden haben, sodass sich die Frage aufdrängt, ob sich über die Malmquist-Methode überhaupt ein belastbares Ergebnis erzielen lässt. Verstärkt werden diese Zweifel dadurch, dass die Vergleichsparameter der statischen Effizienzvergleiche höchst unterschiedlich waren und die Vergleichbarkeit dadurch noch stärker eingeschränkt wird. Zudem ist die Berechnung anhand von nur vier Datenpunkten weiterhin nicht belastbar.
- Die Beschlusskammer übt das ihr zustehende Ermessen fehlerhaft aus, wenn sie die Daten der **Teilnehmer am vereinfachten Verfahren** – und damit auf die Daten von rund drei Viertel der Verteilernetzbetreiber – nicht berücksichtigt. Während die Beschlusskammer im Rahmen der Konsultation des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Gas noch eine vorgeschobene Abwägung vorgenommen hat und vermutet hat, dass die Auswirkungen auf das Ergebnis gering seien, verzichtet die Beschlusskammer vorliegend auf eine solche Rechtfertigung und verweist im Wesentlichen auf die Rechtsprechung des BGH. Dies kann aber, wie bereits dargestellt, nicht überzeugen.

- Die Beschlusskammer verzichtet zudem weiterhin auf eine **Best-Of-Abrechnung.** In Anbetracht der starken Schwankungen der Ergebnisse (vgl. Festlegungsentwurf, S. 64 f.) und der erheblichen Zweifel an der Konsistenz der Datengrundlage bestehen durchgreifende Zweifel daran, dass die von der Beschlusskammer vorgenommene Mittelwertbildung zu zuverlässigen Ergebnissen führt.

Neben diesen weiterhin bestehenden Kritikpunkten an der Malmquist-Methode gibt es auch neue Kritikpunkte, die sich aus dem konsultierten Entwurf ergeben. Im Einzelnen:

1. Malmquist-Methode – Keine verlässliche und belastbare Ermittlung des Xgen

Es bestehen erhebliche Zweifel, dass die von der Beschwerdegegnerin durchgeführte Malmquist-Methode zu belastbaren Ergebnissen führt. Dies zeigt sich auch daran, dass die Beschlusskammer in dem Festlegungsentwurf selbst feststellt, dass sich gesamthaft betrachtet ein relativ niedriger genereller sektoraler Produktivitätsfaktor zwischen den letzten beiden Regulierungsperioden ergeben würde und die nominale Verschiebung der Effizienzgrenze zwischen dritter und vierter Regulierungsperiode negativ ist (vgl. Festlegungsentwurf, S. 65).

Diese Feststellungen sprechen nicht gerade für die Belastbarkeit des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors in Höhe von 0,91 %, da auch in den Berechnungen zur Malmquist-Methode scheinbar ein negativer Trend vorhanden ist.

Schon in der dritten Regulierungsperiode ist die Methodik und Transparenz bei der Anwendung der Malmquist-Methode erheblich kritisiert worden. Ferner hat der gerichtliche Sachverständige angezweifelt, dass die von der Beschwerdegegnerin durchgeführte Berechnung nach der Malmquist-Methode dem Stand der Wissenschaft entspricht. Insbesondere hat er zur Malmquist-Methode ausgeführt, dass Sicherheitsabschläge vorgenommen werden müssten, gerade um die Netzbetreiber nicht zu benachteiligen.

„*Bei einer solchen Mittelwertbildung müssten nach Ansicht des Sachverständigen zugleich Sicherheitsabschläge angesetzt werden, um auszuschließen, dass die Netzbetreiber benachteiligt werden. In Anbetracht der methodischen Unwägbarkeiten und der mit der Datengrundlage zusammenhängenden Unsicherheiten - die sich nicht auf eine etwaige Streuung der Ergebnisse beschränken - hat der Senat durchgreifende Zweifel daran, dass die von der Bundesnetzagentur im Rahmen der Malmquist-Methode vorgenommene Mittelwertbildung zu*

zuverlässigen und rechtsstaatlichen Geboten wie der Rechtssicherheit entsprechenden Ergebnissen führt.“,

vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. Dezember 2019, Az. VI-3 Kart 672/18, S. 71 n.v.

Diese Feststellungen spielten in der dritten Regulierungsperiode keine Rolle, da die Beschlusskammer für die Festlegung der Stromnetzbetreiber einen Sicherheitsabschlag angesetzt hatte und für die Festlegung für die Gasnetzbetreiber nur der berechnete Wert nach der Törnquist-Methode relevant war. Da die Beschlusskammer vorliegend dazu tendiert, keinen Sicherheitsabschlag anzusetzen, sind diese Feststellungen des Sachverständigen aus dem Jahr 2019 nun zwingend bei der Beschlussfassung zu beachten.

Die Beschlusskammer darf bereits aus fachwissenschaftlichen Gesichtspunkten nicht von einem Sicherheitsabschlag bei der Malmquist-Methode absehen.

2. Malmquist-Methode – Eigenkapitalverzinsung und sTOTEX

Die Berechnungen der Beschlusskammer entsprechen auch nicht dem Stand der Wissenschaft, weil sie in den Aufwandsparametern die erhebliche Absenkung der Eigenkapitalzinssätze berücksichtigt.

Damit ist die Malmquist-Methode mit einem erheblichen Prognosefehler behaftet.

Mit der Inflationierung der Kosten des Basisjahres – hier durch den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor und den Verbraucherpreisindex – sollen die effizienten Kosten einer Regulierungsperiode dargestellt werden. In die Kosten des Basisjahres gehen u.a. aufwandsgleiche Kosten und kalkulatorische Kosten (z.B. die Eigenkapitalzinsen) ein.

Die Beschlusskammer ermittelt den Frontier Shift, indem sie die Kosten des Basisjahres (jeweils für TOTEX und sTOTEX) der jeweiligen Regulierungsperioden vergleicht. Die Kosten des Basisjahres der ersten, zweiten, dritten und vierten Regulierungsperiode unterscheiden sich u.a. darin, dass die Eigenkapitalzinssätze von der zweiten zur dritten und von der dritten zur vierten Regulierungsperiode enorm gesunken sind. Dies führt dazu, dass sich die Kosten des Basisjahres der dritten und vierten Regulierungsperiode reduzieren.

Im Grundsatz wird damit ein negativer Trend für die Entwicklung der Zinsen unterstellt, der – wie bereits aufgezeigt wurde – unter dem Regime der Zinswende keine Gültigkeit besitzt.

Zudem hat das OLG Düsseldorf bereits entschieden, dass die Absenkung nicht rechtskonform gewesen ist. Daher hätten die Eigenkapitalzinssätze der vierten Regulierungsperiode ohnehin nicht den Aufwandsparametern zugrunde gelegt werden dürfen,

vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 30. August 2023, u.a. Az. VI-3 Kart 689/21 [V].

Damit verursacht allein die – **rechtswidrige – Absenkung der Eigenkapitalzinssätze** eine Erhöhung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors.

Dieser Effekt verstärkt sich noch bei der Berechnung mit standardisierten Aufwandsparametern (sog „sTOTEX“). Während die Verwendung standardisierter Kosten beim Effizienzvergleich noch zielführend ist, ist dies beim generellen sektoralen Produktivitätsfaktor gerade nicht der Fall. Beim Effizienzvergleich führen die standardisierten Kosten dazu, dass die Netzbetreiber in Bezug auf das Netzalter vergleichbar gemacht werden.

Dies ist beim Effizienzvergleich essenziell. Beim generellen sektoralen Produktivitätsfaktor nach der Malmquist-Methode soll aber die Entwicklung der effizienten Kosten untersucht werden (Frontier Shift). Zur Bestimmung von effizienten Kostenentwicklungen sind standardisierte Aufwandsparameter nicht notwendig – ganz im Gegenteil: Das Ausgleichen des Netzalters kann bestimmte Entwicklungen verdecken und die standardisierten Aufwandsparameter reagieren deutlich anders auf eine Änderung der Eigenkapitalverzinsung als die Kosten unter Verwendung einer linearen Abschreibungsmethode,

vgl. Oxera, Methodengutachten Xgen, 12. Oktober 2022, erstellt für den BDEW, explizit S. 32, insgesamt S. 31 ff.

Im Ergebnis muss die Beschlusskammer daher auf die Berücksichtigung von standardisierten Aufwandsparametern verzichten.

Die vorstehenden Erwägungen zur Zinswende und zum Zusammenhang zu den Aufwandsparametern lassen sich auch auf den Zinssatz für das überschießende Eigenkapital übertragen. Der Zinssatz für das überschießende Eigenkapital ist ebenfalls ein Teil der Aufwandsparameter. Für die vierte Regulierungsperiode Strom betrug der Zinssatz für das überschießende Eigenkapital 1,71 %. Dagegen betrug der Zinssatz für das überschießende Eigenkapital in der dritten Regulierungsperiode Strom 2,71 %.

Auch insoweit ist in den Aufwandsparametern ein negativer Trend für den Zinssatz auf das überschießende Eigenkapital vorhanden, der angesichts der Zinswende kaum auf die vierte Regulierungsperiode übertragen werden kann.

3. Malmquist-Methode – Sensitivitätsanalysen

Abweichend zur Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für die dritte Regulierungsperiode führt die Beschlusskammer mehrere Sensitivitätsanalysen durch (vgl. Festlegungsentwurf, S. 65 ff.). Diese Tatsache ist grundsätzlich zu begrüßen. Die dortigen Analysen sind aber nicht ausreichend und an einzelnen Stellen stellt sich die Frage, welchen Wert eine Sensitivitätsanalyse hat, wenn das Ergebnis der Analyse von der Beschlusskammer scheinbar vorgezeichnet ist bzw. die Analyse offensichtlich nicht ergebnisoffen durchgeführt wird. Zum Beispiel rechtfertigt die Bundesnetzagentur ihre Methode damit, dass sich die Ergebnisse der Sensitivitätsanalysen (hier zu Modellierung des Ineffizienzterms) deutlich von den Ergebnissen der DEA unterscheiden. Wenn die DEA aber tatsächlich immer einen korrekten Prognosewert für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor auswerfen würde, wäre die Berechnung des Malmquist-Werts nach der SFA obsolet, sodass diese Argumentation zirkulär ist und die Beschlusskammer – was auch der BDEW zu Recht rügt – auf die Sensitivitätsanalyse hätten verzichten können,

vgl. BDEW, Stellungnahme zum Produktivitätsfaktor Gas vom 4. Oktober 2023, S. 27.

Es überrascht auch, dass die Beschlusskammer im Rahmen der Sensitivitätsanalysen eine Abweichung in Höhe von 0,1 %-Punkten zum berechneten Malmquist-Wert als „gering“ ansieht. Wird z.B. auf die Zeitinteraktionsterme verzichtet, ergibt sich bei Annahme einer Halbnormalverteilung ein genereller sektoraler Produktivitätsfaktor in Höhe von 0,7979 % und bei Annahme einer Exponentialverteilung in Höhe von 0,8151 % und damit ein signifikant niedrigerer genereller sektoraler Produktivitätsfaktor (vgl. Festlegungsentwurf, S. 66). Die Bundesnetzagentur sollte entsprechende Abweichungen im Rahmen von Sensitivitätsanalysen nicht einfach relativieren, da die wirtschaftlichen Auswirkungen einer Abweichung in Höhe von 0,1 %-Punkten für die Netzbetreiber sehr groß sind.

Aus unserer Sicht ist es wichtig, dass die Ergebnisse der Malmquist-Methode ernsthaft hinterfragt werden. Insbesondere sollte die Bundesnetzagentur das Ergebnis der Berechnung

nicht unreflektiert hinnehmen, sondern im Gesamtkontext interpretieren (hier auch im Vergleich zur Plausibilisierungsbemühungen bei der Törnquist-Methode) und ferner insbesondere erläutern, inwieweit ein genereller sektoraler Produktivitätsfaktor in Höhe von 0,91% nach drei Regulierungsperioden überhaupt noch vertretbar ist.

VIII. Ableitung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors

Die Beschlusskammer hat sich in der vierten Regulierungsperiode dazu entschlossen, das untere Ende der Bandbreite – zwischen dem Törnquist-Xgen und Malmquist-Xgen – als generellen sektoralen Produktivitätsfaktor für die vierte Regulierungsperiode Strom festzulegen.

Dabei ist indes zu berücksichtigen, dass sich das aus der Berechnung ergebende Wertespektrum in der ausgewiesenen Bandbreite in Höhe von 1,20 % bis 0,91 % alles andere als plausibel erweist, wie die obigen Ausführungen gezeigt haben. Nach den vorstehenden Ausführungen muss der Törnquist-Wert das untere Ende der Bandbreite bilden.

Die dortigen Analyseergebnisse deuten eindeutig **auf einen negativen generellen sektoralen Produktivitätsfaktor** hin. Ein positiver genereller sektoraler Produktivitätsfaktor für die vierte Regulierungsperiode Strom, insbesondere in der konsultierten Größenordnung, lässt sich weder aus rechtlichen noch aus ökonomischen Gesichtspunkten rechtfertigen. Zumindest muss die Beschlusskammer die vorliegende Festlegung mit einem zusätzlichen Sicherheitsabschlag unterziehen, insbesondere, wenn sie keine weiteren methodischen Anpassungen vornimmt.

Wir bitten abschließend darum, die vorstehend aufgeführten Aspekte bei der nachfolgenden behördlichen Entscheidung zu beachten.

Mit freundlichen Grüßen
Ernst & Young Law GmbH
Rechtsanwaltsgesellschaft
Steuerberatungsgesellschaft