



Stadtwerke Bexbach GmbH, Kolpingstr. 83, 66450 Bexbach

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

Nur per E-Mail:

produktivitaetsfaktor@bnetza.de

Ihr Zeichen: BK4-24-028

Betreff: „Produktivitätsfaktor Strom – Konsultation der Festlegung“

Sehr geehrte Damen und Herren,

gerne nehmen wir die Gelegenheit wahr zum Entwurf für die „Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen für die vierte Regulierungsperiode in der Anreizregulierung“ (im Folgenden nur „**Xgen Strom**“) Stellung zu nehmen. Der Entwurf der Festlegung des Xgen Strom und das Konsultationsverfahren sind kritikwürdig. Die kurze Stellungnahmefrist ermöglicht schon keine vertiefend-materielle - der Sache angemessene - Auseinandersetzung mit dem Entwurf und seiner Methodik (**I.**). Daneben ist zu kritisieren, dass von der gesetzlichen Abweichungskompetenz kein Gebrauch gemacht wird und die Interessenabwägung Mängel aufweist (**II**). Weiterhin ist auch in der vierten Regulierungsperiode die Methodik zu kritisieren und die geplante Festlegung des Xgen Strom bei 0,91 % unzureichend - methodischen Defizite zeigen sich insbesondere bei der Verwendung des Monitoring-Index und dem Stützintervall im Rahmen des Törnquist-Mengenindex (**III**). Zudem liegen insgesamt Plausibilisierungsmängel vor (**IV.**).

Im Einzelnen:

I. Kurze Stellungnahmefrist



Der Konsultationsentwurf wurde am 21. August 2024 veröffentlicht. Die Stellungnahmefrist endet bereits am 18. September 2024 und beträgt damit nicht einmal einen Monat. Dass die Veröffentlichung noch in die Ferienzeit in den meisten Bundesländern fällt, kommt noch erschwerend hinzu. Die Beschlusskammer scheint offensichtlich – entgegen vielfacher Ankündigungen – an einer offenen Konsultation und Kommunikation nicht interessiert zu sein, was angesichts der neuen, gestärkten Kompetenzen der Bundesnetzagentur auch in rechtsstaatlicher und demokratischer Hinsicht bedenklich ist.

Angesichts der komplexen wirtschafts- und rechtswissenschaftlichen Fragestellungen – insbesondere nach Novellierung des normativen Regulierungsrahmens – ist diese Frist deutlich zu kurz bemessen und ermöglicht keine der Bedeutung der Sache angemessene inhaltliche Auseinandersetzung. Dies steht nicht im Einklang mit § 67 Abs. 1 EnWG und ist angesichts der Tatsache, dass die Beschlusskammer für sich einen wesentlich längeren Zeitraum zur Auseinandersetzung mit der Thematik in Anspruch genommen hat – mal wieder bis in die betroffene vierte Regulierungsperiode hinein –, unverhältnismäßig. Die Länge der Frist muss unter Beachtung der Umstände des Einzelfalls verhältnismäßig sein und den Betroffenen Gelegenheit geben, entsprechende Untersuchungen durchzuführen.¹ Das gilt insbesondere für die Untersuchung der umfangreichen und komplexen wirtschaftswissenschaftlichen Modelle, welche dem Xgen Strom zugrunde liegen.

II. Unzureichende Interessenabwägung

Die Beschlusskammer hält mit ihrem Entwurf weitestgehend an der bekannten Methodik in den vergangenen Regulierungsperioden fest, ungeachtet dessen, dass nunmehr ein anderer Rechtsrahmen gilt. In § 21 Abs. 3 S. 5 iVm. § 21a Abs. 3 S. 3 EnWG ist eine Abweichungskompetenz zu Gunsten der Bundesnetzagentur vorgesehen, wodurch die strikten Vorgaben im Rahmen der normativen Regulierung durchbrochen werden können. Zu diesem Zweck ist ausdrücklich geregelt, dass die Regulierungsbehörde in ihren Festlegungen von Verordnungsregelungen abweichen oder diese ergänzen kann. Damit wird es der Regulierungsbehörde ermöglicht, bereits während der Übergangszeit bis zum endgültigen Außerkrafttreten der Verordnungen nach § 24 EnWG, diese durch Festlegungen zu ersetzen und so harte Brüche sowie die daraus ggf. folgende Investitions- und Planungsunsicherheiten zu vermeiden.²

Eine Interessenabwägung nimmt die Beschlusskammer desbezüglich zwar augenscheinlich vor. Diese fällt aber insgesamt sehr knapp aus und verweist darauf, dass die ARegV in der derzeit geltenden Form

¹ Burmeister in: Bourwieg/Hellermann/Hermes, Energiewirtschaftsgesetz, 4. Auflage 2023, § 67 EnWG Rn. 5.

² BT- Drucksache 20/7310, S. 80.



ohne Abweichung angewandt wird, um einen „transparenten, vorhersehbaren und verlässlichen Regulierungsrahmen“ weiterhin zu gewährleisten. Da die Bundesnetzagentur diese Formulierungen aktuell in allen Festlegungen und Festlegungsentwürfen verwendet, muss davon ausgegangen werden, dass es sich hier nicht mehr um eine Abwägung handelt, sondern um eine im Vorfeld festgelegte Meinung. Die Grundsatzfrage, ob ein Xgen Strom weiterhin erforderlich ist, wird dabei nicht aufgeworfen. Auch nimmt die Beschlusskammer nicht in den Blick, dass durch den konsultierten Xgen Strom gerade Investitionshindernisse in Stromnetze aufgebaut werden und gerade keine Planungssicherheit geschaffen wird. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, warum die Beschlusskammer den konsultierten Festlegungsentwurf auf einem veralteten Regulierungssystem aufbaut, über das bereits in der Vergangenheit in vielfacher Hinsicht Streit bestand. Dies entspricht im Ergebnis auch nicht dem Stand der Wissenschaft, welcher nach § 21a Abs. 2 EnWG den zentralen Maßstab für die Ausgestaltung der Anreizregulierung darstellt (siehe dazu weiter unter III.). Trotz der nunmehr vorhandenen Abweichungskompetenz und einem neu gestalteten Regulierungsrahmen hält die Beschlusskammer damit weiterhin an ihrer bekannten Methodik fest, was im Ergebnis nicht überzeugen kann. Die Beschlusskammer setzt damit einen Trend zur Absenkung von investitionsrelevanten Faktoren des Netzbetriebs fort und verkennt schon die grundsätzlichen Fragestellungen, die angesichts der Novellierung des Regulierungsrahmens nun auftreten.

III. Methodische Mängel

Auch in der vierten Regulierungsperiode weist die geplante Festlegung Xgen Strom nach wie vor methodische Mängel auf. Analog zu den vorangegangenen Regulierungsperioden greift die Beschlusskammer auch in der vierten Regulierungsperiode zur Ermittlung des Xgen auf den sog. Törnquist-Mengenindex und den sog. Malmquist-Produktivitätsindex zurück. Dies genügt insgesamt nicht den novellierten gesetzlichen Anforderungen und auch nicht den Anforderungen des Bundesgerichtshofs (BGH) an die materiell-rechtlichen Grenzen des grundsätzlichen Entscheidungsspielraums der Bundesnetzagentur.

Im Einzelnen:

a.) Ungeeignete Methodenauswahl

Die Festlegung hat hinsichtlich der Methoden nach dem Stand der Wissenschaft zu erfolgen. Dies ergibt sich aus § 9 Abs. 3 S. 1 ARegV. Nunmehr wurde dieser Maßstab auch in das EnWG eingefügt, genauer in § 21 Abs. 3 S. 2 EnWG bzw. § 21a Abs. 2 EnWG sowie § 73 Abs. 1b S. 2 EnWG. In dem nun konsultierten Festlegungsentwurf vermissen wir hingegen eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Stand der



Wissenschaft. Letztlich ist dieses Erfordernis immer zu erfüllen, da alle Entscheidungen einer Behörde gerichtlich vollüberprüfbar sind.³

Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass auch der EuGH in seinem Urteil zur normativen Regulierung den effektiven Rechtsschutz betont hat, um der starken Stellung der nationalen Regulierungsbehörde etwas entgegenzusetzen.⁴ Der weite Spielraum, welchen die Bundesnetzagentur in den vergangenen Regulierungsperioden gerne für sich in Anspruch genommen hat, besteht nunmehr schon auf der ersten Ebene durch die gesetzlichen Rahmenbedingungen. Dies wird und muss aber auf der zweiten Stufe zu einer deutlichen Verschärfung der gerichtlichen Nachprüfung führen. Schon vor dem Hintergrund der fehlenden wissenschaftlichen Methodenauswahl ist die Festlegungsentwurf demnach als rechtswidrig zu betrachten.

So wird seitens der Beschlusskammer zwar grundsätzlich auch die sog. Oxera-Methode⁵ als Abwandlung zur Ermittlung des Xgen mittels des Törnquist-Index erwähnt (S. 14 des Festlegungsentwurfs). Jedoch begründet die Beschlusskammer die mangelnde Berücksichtigung dieser Methode lediglich mit dem pauschalen Verweis auf das WIK-Gutachten und dass die Oxera-Methode danach nicht greifbar überlegen sei. Indes mangelt es dem WIK-Gutachten gleichsam an einer vertieften Auseinandersetzung mit der Oxera-Methode. Im WIK-Gutachten wird weiter nur darauf verwiesen, dass Oxera die Törnquist- und Malmquist-Methodik ebenfalls grundsätzlich als geeignet ansehe, aber auf „vermeintliche Schwächen bei der Umsetzung durch die Bundesnetzagentur in der dritten Regulierungsperiode“ verweise. Im eigentlichen Gutachten wird die Oxera-Methode dabei in den Fußnoten nur ein einziges Mal erwähnt. Diese Auseinandersetzung – sofern man es so nennen kann – genügt nicht den gesetzlichen Anforderungen an die Ermittlung des Stands der Wissenschaft.

Nach der Rechtsprechung des BGH erfordert die Ermittlung des Stands der Wissenschaft zunächst eine grundsätzliche Bestimmung der wissenschaftlich anerkannten Verfahren. Anschließend sind deren jeweiligen Vor- und Nachteile gegeneinander abzuwägen.⁶ Zwar ist es hierbei nicht erforderlich, dass die Regulierungsbehörde vor der Entscheidung für eine bestimmte Methode zuerst alle möglicherweise geeigneten, in der Wissenschaft diskutierten Verfahren und Modelle umfassend aufarbeiten und in allen Einzelheiten auf ihre Anwendbarkeit, die konkrete Modellierbarkeit, die Verlässlichkeit und die Robustheit danach zu gewinnender Ergebnisse überprüfen muss.⁷ Aufgrund der Kürze der Auseinandersetzung mit der Oxera-Methode darf diesbezüglich bereits die rechtskonforme Ermittlung

³ Grüner in: BeckOK EnWG, Assmann/Peiffer, 11. Edition, Stand: 01.06.2024, § 21a EnWG Rn. 30.

⁴ EuGH, Urteil vom 2. September 2021, C-718/18 Rn. 128.

⁵ Oxera Consulting LLP, Gutachten zur „Bestimmung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für Strom- und Gasnetzbetreiber – Untersuchung für den BDEW Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V.“, 6. Februar 2017.

⁶ BGH, Beschluss v. 26. Januar 2021, Az. EnVR 7/20, Rz. 21 in juris.

⁷ BGH, aaO.



der Methoden in Frage gestellt werden, jedenfalls mangelt es dem Festlegungsentwurf aber an einer Abwägung der verwendeten Törnquist- und Malmquist-Methode mit dem modifizierten Vorgehen von Oxera. Es genügt demnach nicht, dass die Beschlusskammer erklärt, dass sie die Bestimmung des Xgen nach der Törnquist- und Malmquist-Methodik als geeignet sehe und weiter anwende (S. 14 des Festlegungsentwurfs).

Vor diesem Hintergrund erstaunt es auch, dass die Bundesnetzagentur zumindest im Ansatz in der Lage ist eine Methodendiskussion zur alternativen Bestimmung des Xgen vorzunehmen. In dem am 28. August 2024 veröffentlichten Eckpunkten zur zukünftigen Ausgestaltung des Produktivitätsfaktors (Akz. GBK-24-02-3#4)⁸ – also außerhalb dieses Konsultationsverfahrens – wird eine derartige offene Methodendiskussion zumindest im Ansatz geführt. Die Bundesnetzagentur weist dabei auch auf die Nachteile der bisherigen Vorgehensweise hin. Es erschließt sich dabei nicht, wie dann gleichzeitig im aktuellen Festlegungsentwurf angesichts dieser Umstände schlicht an der bisherigen Vorgehensweise festgehalten werden soll.

Wir halten es daher für zwingend erforderlich, dass die Beschlusskammer hinsichtlich des Festlegungsentwurfs weitere in Betracht kommende Methoden zur Ermittlung des Xgen Strom herausstellt und insbesondere eine vollumfängliche Abwägung der jeweiligen Vor- und Nachteile vornimmt.

b.) Ungeeignete Methodenanwendung

Auch die Anwendung der ausgewählten Methoden der Beschlusskammer ist kritikwürdig. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Verwendung des sog. Monitoring-Indexes im Netzentgelte-Deflator (**aa.**) und dem Stützintervall im Rahmen der Plausibilisierung des Törnquist-Mengenindex (**bb.**):

aa.) Monitoring-Index

Hinsichtlich des Deflators für die Umsatzerlöse hält die Beschlusskammer am Monitoring-Index fest, welcher bereits in den vergangenen Regulierungsperioden - sowohl von Verbänden als auch Gerichten - kritisch gesehen wurde, im Ergebnis aber (noch) vom BGH bestätigt wurde.

⁸ Große Beschlusskammer Energie, Eckpunktepapier vom 28 August 2024, Eckpunkte zur zukünftigen Ausgestaltung des Produktivitätsfaktors, GBK-24-02-3#4.



Der BGH hatte seinerzeit die Abwägungsentscheidung der Beschlusskammer zwischen den damals diskutierten Deflatoren gebilligt, jedoch offengelassen, ob nicht andere Deflatoren die Schwächen des Monitoring-Indexes beheben könnten. Das Gericht betonte dabei insbesondere, dass andere Methoden möglicherweise zuverlässigere Ergebnisse geliefert hätten.⁹

Die Beschlusskammer nutzt zur Deflationierung der Umsatzerlöse die im Monitoringbericht veröffentlichten Netzentgelte für drei Kundengruppen (Privat-, Gewerbe- und Industriekunden), welche gewichtet nach ihren Marktanteilen zu einem Gesamtnetzentgeltindex verrechnet werden. Die verwendeten Netzentgelt Daten werden im Monitoring jedoch von Lieferanten und nicht von Netzbetreibern erhoben bzw. gemeldet. Die Netzentgeltreihen aus dem Monitoringbericht berücksichtigen zudem nicht die Netzentgelte höherer Spannungsebenen oberhalb der Mittelspannung.

Der Anteil der auf den oberen Spannungsebenen erzielten Umsatzerlöse, die unmittelbar dem Kaskadierungseffekt unterfallen – da sie mit Weiterverbrauchern erzielt werden – wird von der Beschlusskammer nicht konkret oder jedenfalls näherungsweise beziffert bzw. belastbar abgeschätzt. Zum anderen ist der Anteil der dort mit Letztverbrauchern erzielten Umsatzerlöse, für den bei der Deflationierung das gezahlte Netzentgelt zuzüglich der Erstattungszahlungen nach § 19 Abs. 2 S. 13 StromNEV zu berücksichtigen ist, ebenfalls nicht dergestalt beziffert oder zumindest belastbar abgeschätzt worden. Der Anteil auf den oberen Spannungsebenen wird damit mehr oder minder willkürlich bestimmt, was den Anforderungen an die Wissenschaftlichkeit der Methoden Anwendung nicht genügt.

Insbesondere nach der Kritik des BGH an dem Vorgehen der Bundesnetzagentur, wurden in der Branche verschiedene Ansätze diskutiert, wie die festgestellten Unschärfen bei der Deflationierung beseitigt werden können. Dies hätte die Bundesnetzagentur aufgreifen können. Zumindest hätte sie eigene Überlegungen anstellen müssen, ob sich die Unschärfen nicht durch eine bessere Methode beseitigen lassen würden. Dazu hätte sie zum Beispiel auch eine eigene Datenerhebung bei den Netzbetreibern in Erwägung ziehen können.

bb.) Stützintervall

Auffällig ist, dass im Festlegungsentwurf das Jahr 2022 in das Stützintervall zur Plausibilisierung des Törnquist-Mengenindex einbezogen wird, welches im Zusammenhang mit der Konsultation für die

⁹ BGH (Kartellsenat), Beschluss vom 30.01.2024 – EnVR 32/22, Rn.82.



Xgen-Gas-Festlegung noch mit Verweis auf verzerrende Sondereffekte im Jahr 2022 ausgelassen wurde.¹⁰

Im Rahmen des hiesigen Festlegungsentwurfs werden diese verzerrenden Sondereffekte damit direkt in das Stützintervall einbezogen, welches jedoch gerade zur erforderlichen Plausibilisierung dienen soll und Sondereffekte „glätten“ soll. Vor diesem Hintergrund setzt sich die Beschlusskammer in direktem Widerspruch zum Vorgehen beim Xgen Gas. In diesem Kontext muss auch die grundsätzliche Annahme der Beschlusskammer, dass immer das längstmögliche Stützintervall gewählt werden soll, hinterfragt werden. Die Einbeziehung der Jahre ab 2006 kann nicht der Maßstab für die aktuelle Produktivitätsentwicklung sein. Die Produktivitätsentwicklung der letzten Jahre wird dadurch jedenfalls nicht repräsentiert und stellt keine sachgerechte und plausible Prognose für den Zeitraum 2024-2028 dar. Auch angesichts der jüngsten wirtschaftlichen Entwicklungen (Zinsanstieg, Energiekrise, Gaskrise, Inflation, Rezession etc.) ist dabei mehr als fragwürdig, ob es sich dabei noch um „temporäre Sondereffekte“ handelt, oder vielmehr eine „verfestigte Negativentwicklung“, an welcher auch der Produktivitätsfortschritt in der Netzwirtschaft zu messen ist. Es ist in diesem Kontext auch nicht ersichtlich, warum nicht ein rollierendes System – also eine Betrachtung von Regulierungsperiode zu Regulierungsperiode – angewandt wird.

Gleichzeitig begegnet die Einbeziehung des Jahres 2006 erheblichen Bedenken. Herr Prof. Auer hat als Gutachter des OLG Düsseldorf im Beschwerdeverfahren der dritten Regulierungsperiode die strukturellen Basisjahreffekte eindrücklich dargelegt. Die Beschlusskammer hat diesbezüglich keine Ausführungen getätigt, sie hat vielmehr aufbauend auf diese strukturellen Effekte sogar eine Prognose aufgebaut, was unseres Erachtens methodisch falsch ist. Sofern die Beschlusskammer davon ausgehen sollte, dass es sich bei der Außerachtlassung einzelner Jahre um Willkür handelt, so wäre der Beschlusskammer vorzuhalten, dass in der Konsultation zum Xgen Gas auch „willkürlich“ das Jahr 2022 ausgelassen wurde. Diese methodischen Verwerfungen zeigen schon, dass die grundsätzliche Vorgehensweise keinem wissenschaftlichen Standard folgt.

cc.) Berücksichtigung der ÜNB in den Datensätzen

Zudem wirft die Berücksichtigung der ÜNB in den Datensätzen¹¹ Fragen auf. Es erscheint zumindest bei einer indikativen Betrachtung so zu sein, dass der Malmquist-Index sich signifikant verringern würde, wenn man die ÜNB aus den Datensätzen herausnehmen würde. Angesichts der kurzen Stellungnahmefrist war hier keine konkrete Ableitung möglich. Eine Übergewichtung der

¹⁰ BK4-22-085, S.24 f.

¹¹ BK4-24-028, S.54.



Produktivitätsentwicklung bei den ÜNB erscheint aber durchaus wahrscheinlich. Hier steht zu befürchten, dass die Beschlusskammer einen überzogenen Maßstab an die Produktivitätsentwicklung hinsichtlich des Großteils der Netzbetreiber, nämlich der VNB, anlegt. Eine solche Betrachtung ist letztlich aber auch nicht die Aufgabe der VNB. Vielmehr sollte die Bundesnetzagentur mehr Transparenz in ihre Methodik bringen und diesem Umstand im Rahmen einer Ermessensausübung würdigen. Geschieht dies nicht, liegt bereits dadurch in der finalen Festlegung ein Ermessensfehler vor.

IV. Plausibilisierungsmängel

Die Ergebnisse der verwendeten Methoden werden auch in Gesamtheit nicht hinreichend plausibel gemacht. Ausweislich des Festlegungsentwurfs und des WIK-Gutachtens haben die Beschlusskammer und der Gutachter lediglich die der Törnquist- und Malmquist-Methode jeweils zugrundeliegenden Daten sowie das aus der Törnquist-Methode ermittelte Ergebnis plausibilisiert. In der Folge mangelt es dem Festlegungsentwurf damit an einer Plausibilisierung der gefundenen Ergebnisse durch Betrachtung zusätzlicher Methoden.

Allein die korrekte Auswahl und Anwendung einer Methode zur Ermittlung des Xgen impliziert nicht bereits, dass das ermittelte Ergebnis korrekt ist.¹² Vielmehr ist es grundsätzlich notwendig, dass die Beschlusskammer das gefundene Ergebnis daraufhin untersucht, ob dieses im Einklang mit der gesetzlichen Zielvorgabe steht.¹³ Hierfür kann im Einzelfall eine zusätzliche Plausibilisierung des Ergebnisses notwendig sein. Das Erfordernis für eine solche Plausibilisierung ist dabei unter Berücksichtigung der spezifischen Umstände, unter denen die streitgegenständliche regulatorische Entscheidung ergeht, zu entwickeln, wobei hieran keine übermäßig hohen Anforderungen zu stellen sind.¹⁴

Entscheidend ist demnach also die Zielvorgabe des Xgen. Diese Zielvorgabe lässt sich vorliegend aber nicht allein dem § 9 ARegV direkt entnehmen: Der Xgen wurde eingeführt mit dem Gedanken, dass die Anreizregulierung in monopolistischen Wirtschaftsbereichen zu einer höheren Produktivitätssteigerung führt. Der Xgen soll dazu führen, dass entsprechende Produktivitätsfortschritte von der Netzwirtschaft auch tatsächlich realisiert werden, da sie aufgrund der monopolistischen Struktur hierzu ohne Anreizregulierung – im Gegensatz zu wettbewerblichen Markt Bereichen – nicht gezwungen wären.¹⁵ Der Xgen kann damit auch als eine generelle Effizienzvorgabe für den jeweiligen Netzbereich interpretiert werden, sozusagen als Gegenstück des Effizienzwerts, der eine unternehmensindividuelle

¹² Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. August 2023, Az. VI-3 Kart 813/21 [V] u.a., S. 94.

¹³ Vgl. a.a.O., S. 95.; BGH, Beschluss vom 9. Juli 2019, EnVR 52/18, Rz. 44 in juris.

¹⁴ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. August 2023, Az. VI-3 Kart 813/21 [V] u.a., S. 95.

¹⁵ BR-Drs. 417/07, S. 48



Effizienzvorgabe macht.¹⁶ Diese Generalität des Xgen impliziert zugleich, dass dieser eine Übertreffbarkeit erfordert, die von jedem der regulierten Unternehmen erfüllbar sein muss.¹⁷ Soweit die Anreizregulierung insgesamt eine Form der kostenorientierten Entgeltbildung darstellt, deren Rahmen maßgeblich durch § 21 Abs. 2 EnWG bestimmt wird, unterliegt auch der Xgen dem allgemeinen Ziel zur Bildung von Netzentgelten auf der Grundlage der Kosten einer Betriebsführung, die denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen müssen, unter Berücksichtigung von Anreizen für eine effiziente Leistungserbringung.

Im Hinblick auf das so umrissene Ziel des Xgen kommen wir vorliegend nicht umhin festzustellen, dass die ermittelte Bandbreite für den Xgen nach Törnquist- und Malmquist-Index von 0,91 % bis 1,20 % auf eine erhebliche Schätzunsicherheit des Ergebnisses hindeutet und die erforderliche Übertreffbarkeit durch alle betroffenen regulierten Unternehmen damit nicht mehr sicher gegeben ist. Vielmehr impliziert die gefundene Bandbreite, dass der Xgen auch deutlich unterhalb des von der Beschlusskammer ermittelten Werts liegen könnte. Eine Festlegung des konsultierten Werts könnte sich daher unsachgemäß und rechtswidrig zu Lasten der Netzbetreiber auswirken. Im Festlegungsentwurf findet sich auch kein Hinweis darauf, warum die Beschlusskammer eine solche Plausibilisierung unterlassen hat. Vor diesem Hintergrund und angesichts der Ergebnisbandbreite sowie der ungeklärten Übertreffbarkeit des gefundenen Werts halten wir es für angebracht, den Xgen mittels einer zusätzlichen Plausibilisierung auf Richtigkeit zur überprüfen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Bundesnetzagentur nunmehr von einem Sicherheitsabschlag absieht (S. 14 des Festlegungsentwurfs). In der Vergangenheit hat die Bundesnetzagentur die fehlende Plausibilisierung immer mit dem Sicherheitsabschlag gerechtfertigt.

V. Fazit

Der Festlegungsentwurf nimmt für sich insgesamt in Anspruch, dass er sich an der ergangenen Rechtsprechung orientiert. Indes verkennt die gesamte Vorgehensweise, dass diese Rechtsprechung mit Inkrafttreten der Novellierung der Regulierung im EnWG am 29. Dezember 2023, in weiten Teilen ihre Gültigkeit verloren hat. Das Festhalten an einer überkommenden Methodik, die nicht mehr im Einklang mit dem gesetzlichen Rahmen steht, ist nicht nachvollziehbar. Insgesamt entsteht der Eindruck, dass zugunsten eines beständigen Regulierungsrahmens aktuelle politische, rechtliche und wirtschaftliche Entwicklungen gänzlich ausgeblendet werden.

¹⁶ Groebel in: Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Auflage 2018, § 9 ARegV Rn. 2.

¹⁷ Groebel in: Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Auflage 2018, § 9 ARegV Rn. 2.



Die Grundsatzfragen nach dem Sinn und Zweck der Anreizregulierung und insbesondere des Xgen Strom müssen angesichts des neuen Rechtsrahmens für die deutsche Regulierung irgendwann gestellt und beantwortet werden. Die Beschlusskammer verschließt sich auch im Rahmen des hiesigen Festlegungsentwurfs diesen Fragstellungen und hält zu Gunsten einer Beständigkeit an einer Vorgehensweise fest, die durch den EuGH und den Gesetzgeber faktisch abgeschafft worden ist.

Wir teilen insgesamt auch die Ansicht des BDEW, welcher schon kurz nach der Veröffentlichung des Festlegungsentwurfs den konsultierten Xgen Strom als zu hoch kritisiert hatte. Der BDEW konstatiert, dass die für die Energiewende erforderlichen Milliarden-Investitionen in die Stromnetze so ausbleiben werden. Insbesondere die Stromnetze sind für das Gelingen der Energiewende dabei zentral (E-Mobilität, Wärmepumpen etc.). Die Beschlusskammer unternimmt mit diesem Festlegungsentwurf einen weiteren Schritt, um diese notwendigen Investitionen zu verhindern, obschon die Anreizregulierung ursprünglich gerade diese anreizen sollte. Die Festlegung ist nach unserem Dafürhalten in der konsultierten Form rechtswidrig und wird dazu führen, dass die Energiewende nicht zu bewältigen sein wird.

Wir bitten um Prüfung und Berücksichtigung der aufgezeigten Kritikpunkte.

Mit freundlichen Grüßen

