



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 Gasversorgungsnetzen für die dritte Regulierungsperiode in der Anreizregulierung

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

durch

den Vorsitzenden Alexander Lüdtké-Handjery
die Beisitzerin Dr. Janine Haller
den Beisitzer Mario Lamoratta

am 05.04.2017 beschlossen:

1. Alle Betreiber von Gasversorgungsnetzen im Sinne des § 3 Nr. 6 EnWG sind verpflichtet, die von der Bundesnetzagentur zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für Betreiber von Gasversorgungsnetzen für die dritte 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 14.07.2017 elektronisch an die Bundesnetzagentur zu übermitteln.

(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.)

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 (Anlage zur Festlegung) dürfen keine Veränderungen an der Struktur der Datei – bspw. durch das Einfügen oder Löschen von Zeilen, Spalten oder Tabellenblättern – vorgenommen werden.
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 Gas“ 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“ → „Unternehmen/Institutionen“ → „Datenaustausch und Monitoring“ → „Energiedatenportal“) verschlüsselt werden.

Gründe

I.

Die vorliegende Festlegung betrifft die Erhebung von Daten zur Ermittlung des für die Dauer der dritten Regulierungsperiode (2018 bis 2022) für Betreiber von Gasversorgungsnetzen geltenden generellen sektoralen Produktivitätsfaktors. 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 dritte Regulierungsperiode in der Anreizregulierung beginnt für Betreiber von Gasversorgungsnetzen am 01.01.2018. 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.

Die Landesregulierungsbehörden sind gem. § 55 Abs. 1 S. 2 EnWG von der Einleitung des Verfahrens im Rahmen des Länderausschusses vom 16.02.2017 benachrichtigt worden. Gemäß § 60a Abs. 2 S. 1 EnWG wurde dem Länderausschuss Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Unter dem 28.03.2017 wurde der Beschlussentwurf gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG dem Bundeskartellamt und den Landesregulierungsbehörden zur Stellungnahme übersandt. Weder das Bundeskartellamt noch die Landesregulierungsbehörden haben von diesem Recht Gebrauch gemacht.

Durch Mitteilung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur am 13.03.2017 und im Amtsblatt der Bundesnetzagentur 5/2017 hat die Beschlusskammer am 15.03.2017 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 eines Festlegungstextes auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlicht und den betroffenen Marktteilnehmern im Rahmen der Konsultation die Möglichkeit zur Abgabe von Stellungnahmen bis zum 03.04.2017 gegeben.

Von der Möglichkeit einer Stellungnahme haben insgesamt 88 Unternehmen und 3 Verbände Gebrauch gemacht. Die Beschlusskammer wird diese Stellungnahmen zeitnah auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlichen. Die wesentlichen Gesichtspunkte werden nachfolgende zusammengefasst:

In den Stellungnahmen wird einheitlich ausgeführt, dass die Frist zum 30.06.2017 aufgrund parallel zu erfüllender Verpflichtungen gegenüber den jeweiligen Regulierungsbehörden und des Umfangs der Datenerhebung nicht ausreichend bemessen sei. Das Ziel, der generellen sektoralen Produktivitätsfaktors noch vor Beginn der dritten Regulierungsperiode festzulegen, würde keine ausreichende Zeit zur Plausibilisierung der gelieferten Daten zulassen, was angesichts

der Bedeutung des Ergebnisses für die Unternehmen nicht angemessen sei. Darüber hinaus wird teilweise kritisiert, dass auch solche Netzbetreiber Adressat der vorliegenden Festlegung sind, die am vereinfachten Verfahren gem. § 24 Abs. 2 ARegV teilnehmen. Für diese Unternehmen sei der zu erwartende Aufwand unverhältnismäßig hoch. Weiterhin sei hinsichtlich des Umfangs der Datenerhebung zu berücksichtigen, dass entgegen der Einschätzung der Beschlusskammer die Daten nicht weitestgehend der Gewinn- und Verlustrechnung der Unternehmen entnommen werden können, sodass diesen ein in der vorgegebenen Frist nicht zu bewältigender Aufwand zugemutet werde. Dies gelte insbesondere für die Abfrage des Anlagevermögens. Außerdem seien vom Umfang der Datenabfrage Daten erfasst, die der Bundesnetzagentur bereits übermittelt worden seien. Schließlich habe die Beschlusskammer die Daten teilweise nicht zweifelsfrei definiert, sodass Interpretationsspielräume verblieben. Hinsichtlich der Validität der zu erhebenden Daten wurde insbesondere durch den Verband GEODE kritisiert, dass zwar die Pachtzahlungen für überlassene Infrastruktur in der Gewinn- und Verlustrechnung erfasst werden, diese sich allerdings von den kalkulatorischen Kosten für überlassene Infrastruktur der Höhe nach unterscheiden, weshalb es insoweit zu Verzerrungen kommen könne. Abschließend hat u.a. der BDEW hinsichtlich des Erhebungsbogens angeregt, dass es möglich sein müsse, weitere Zeilen hinzuzufügen.

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

II.

1. 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.

2. Zuständigkeit der Bundesnetzagentur

Die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur für den Erlass der vorliegenden bundeseinheitlichen Festlegung resultiert kraft Sachzusammenhang bzw. im Wege einer Annexkompetenz aus der Zuständigkeit, den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor bundeseinheitlich festzulegen.

a) Die Bundesnetzagentur ist in materieller Hinsicht befugt, den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor festzulegen. Die entsprechende Ermächtigungsgrundlage findet sich in § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 2a ARegV i.V.m. § 9 Abs. 3 ARegV. Die formelle Zuständigkeit der Bundesnetzagentur insoweit eine bundeseinheitliche Festlegung zu erlassen, ergibt sich aus § 54 Abs. 3 S. 2 EnWG. Danach nimmt die Bundesnetzagentur die in diesem Gesetz oder auf Grund dieses Gesetzes vorgesehenen Festlegungsbefugnisse wahr, wenn zur Wahrung gleichwertiger wirtschaftlicher Verhältnisse im Bundesgebiet eine bundeseinheitliche Festlegung nach § 29 Abs. 1 EnWG erforderlich ist. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

Die in § 54 Abs. 3 S. 2 EnWG geforderte Erforderlichkeit der Festlegung für die Wahrung gleichwertiger wirtschaftlicher Verhältnisse im Bundesgebiet ist mit Blick auf den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor gegeben. In Satz 3 dieser Vorschrift nennt der parlamentarische Gesetzgeber mit den Preisindizes, den Eigenkapitalzinssätzen, und den Vorgaben für die Erhebung von Vergleichsparametern zur Ermittlung der Effizienzwerte bestimmte Anwendungsfälle, in denen diese Erforderlichkeit vorliegt. Diese Aufzählung ist jedoch keinesfalls abschließend. Wie sich aus dem Wortlaut von Satz 3 („insbesondere“) eindeutig ergibt, handelt es sich um einen Katalog von Regelbeispielen. Diese veranschaulichen, welchen Regulierungsentscheidungen eine Bedeutung beizumessen ist, dass eine bundesweit einheitliche Handhabung zur Sicherung gleichwertiger wirtschaftlicher Verhältnisse erforderlich ist. Der Gesetzgeber wollte hiermit sicherstellen, dass die regulierten Unternehmen im gesamten Bundesgebiet denselben regulatorischen Rahmen vorfinden¹. Für die Gewährleistung einheitlicher Verhältnisse ist eine bundeseinheitliche Festlegung daher jedenfalls dann erforderlich, wenn die wirtschaftliche Bedeutung der zu regelnden Materie für die Netzentgelte vergleichbar ist mit der Bedeutung der durch die Regelbeispiele erfassten Regulierungsaspekte².

Der Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors kommt vor diesem Hintergrund eine mit den genannten Regelbeispielen mindestens vergleichbare Relevanz für die Wahrung gleichwertiger wirtschaftlicher Verhältnisse sowie für die Bildung der Netzentgelte und damit für den regulatorischen Rahmen, der sich den betroffenen Unternehmen bietet, zu. Wie der Eigenkapitalzinssatz, die Preisindizes und der Effizienzwert ist der generelle sektorale Produktivitätsfaktor ein sehr bedeutsamer Bestandteil der Regulierungsformel (vgl. Anlage 1 zu § 7 ARegV) und hat somit gewichtige Konsequenzen für die Höhe der Erlösobergrenze, auf deren Grundlage die Netzentgelte verprobt werden.

¹ vgl. BT-Drs. 17/6072, S. 89.

² vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.05.2014, Az. VI-3 Kart 21/13 [V], Rn. 36 – juris.

Darüber hinaus sind die Auswirkungen des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors auf die Erlösobergrenze im Vergleich zu den ausdrücklich benannten Regelbeispielen Eigenkapitalzinssatz und Preisindizes wesentlich stärker. Der Eigenkapitalzinssatz und die Preisindizes sind erforderlich, um einzelne kalkulatorische Kostenbestandteile im Rahmen der Bestimmung des Ausgangsniveaus und die daran anknüpfende Bestimmung der Erlösobergrenze zu ermitteln. Die Wirkung ist daher auf die einzelnen kalkulatorischen Kostenbestandteile kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung und kalkulatorische Abschreibungen begrenzt. Die Wirkung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors geht darüber hinaus. Dieser Effekt resultiert aus der erheblichen Hebelwirkung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors auf die Erlösobergrenze. Denn der generelle sektorale Produktivitätsfaktor wirkt nicht nur auf einzelne Kostenbestandteile, sondern wirkt ausweislich der Regulierungsformel in Anlage 1 zu § 7 ARegV sowohl auf die vorübergehend nicht beeinflussbaren als auch auf die beeinflussbaren Kosten. Somit wirkt der generelle sektorale Produktivitätsfaktor selbst auf die zuvor genannten kalkulatorischen Kostenbestandteile. Der generelle sektorale Produktivitätsfaktor ist ein Jahreswert, der sich im Gegensatz zum Eigenkapitalzinssatz oder den Preisindizes, die lediglich einmalig bei der Bestimmung des Ausgangsniveaus für das Basisjahr Anwendung finden, bis zum letzten Jahr der Regulierungsperiode gemäß § 9 Abs. 5 ARegV potenziert und auch deswegen wesentlich größere Auswirkung auf die Erlösobergrenze entfaltet.

Vor diesem Hintergrund ist offensichtlich, dass es mit dem in der Gesetzesbegründung ausdrücklich wiedergegebenen Willen des parlamentarischen Gesetzgebers nicht in Einklang zu bringen ist, wenn zwei regulierte Unternehmen lediglich aufgrund einer Landesgrenze in dem aufgezeigten Maß unterschiedliche Bedingungen vorfinden. Eine bundeseinheitliche Vorgehensweise ist daher zwingend geboten, damit die regulierten Unternehmen im Bundesgebiet dieselben regulatorischen Gegebenheiten vorfinden und infolgedessen gleichwertige wirtschaftliche Verhältnisse gewahrt werden können.

b) Für die vorliegende bundeseinheitliche Festlegung zur Datenerhebung ist die Bundesnetzagentur kraft Sachzusammenhang 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.

3. Zuständigkeit der Beschlusskammer

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

4. Adressaten der Festlegung

Die Festlegung verpflichtet ausweislich Tenorziffer 1 alle Betreiber von Gasversorgungsnetzen im Sinn von § 3 Nr. 6 EnWG. Klarstellend sei insoweit konkretisiert, dass somit sowohl die Betreiber von Gasverteilnetzen als auch die Betreiber von Fernleitungsnetzen 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.

5. Umfang der Datenabfrage

Eine belastbare, einheitliche Datengrundlage ist unabdingbare Voraussetzung für die Ermittlung des generellen, sektoralen Produktivitätsfaktors für die dritte 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 ausdrücklich formulierten zeitlichen Vorgabe entsprechend, wonach die Bundesnetzagentur den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor ab der dritten Regulierungsperiode jeweils vor Beginn der Regulierungsperiode für die gesamte Regulierungsperiode zu ermitteln hat, wird die Beschlusskammer noch im Jahr 2017 den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor festlegen. Für dessen Ermittlung sind etwaige Besonderheiten der Einstandspreisentwicklung und des Produktivitätsfortschritts in der Netzwirtschaft gegenüber der Gesamtwirtschaft zu betrachten. Erforderlich ist es demnach sowohl ein Produktivitätsdifferenzial als auch ein Einstandspreisdifferenzial zu ermitteln. Im Rahmen eines von der Bundesnetzagentur in Auftrag gegebenen Gutachtens³ 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 Törnquist-Mengenindex und den Malmquist-Produktivitätsindex. Beide Methoden haben unterschiedliche Anforderungen an die jeweilige Datenbasis.

a) Bei der Anwendung des Malmquist-Produktivitätsindex werden für die Datengrundlage die von den Netzbetreibern zur Durchführung des Effizienzvergleichs bereitgestellten Daten herangezogen.⁴ Die Bundesnetzagentur hatte im Jahr 2016 die betroffenen Netzbetreiber darüber informiert, dass die für den Effizienzvergleich von den Netzbetreibern bereits erhobenen Daten für die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors herangezogen werden. Die Netzbetreiber haben keine Bedenken hinsichtlich dieser Vorgehensweise kundgetan. Zum jetzigen Zeitpunkt liegen insoweit zwei Datenpunkte vor. Hierbei handelt es sich im Hinblick auf die Betreiber von Gasversorgungsnetzen um die Basisjahre der ersten und zweiten Regulierungsperiode, sprich die Jahre 2006 und 2010. Darüber hinaus ist vorgesehen, im Rahmen der Berechnungen anhand des Malmquist-Produktivitätsindex einen dritten Datenpunkt zu verwenden. So werden die von den Netzbetreibern für das Jahr 2015 (Basisjahr für die dritte Regulierungsperiode) mitgeteilten Daten, sobald diese Daten geprüft sind, ebenfalls bei der Berechnung des Malmquist-Produktivitätsindex berücksichtigt. Vor diesem Hintergrund ist die Beschlusskammer zu dem Ergebnis gekommen, dass für die auf Grundlage des Malmquist-Produktivitätsindex anzustellenden Berechnungen eine ausreichend große Datengrundlage bei den Regulierungsbehörden vorhanden ist und es einer weitergehenden Datenabfrage insoweit nicht bedarf.

³ wik (2016), Gutachten zur Bestimmung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors, im Auftrag der Bundesnetzagentur

⁴ wik (2016), Gutachten zur Bestimmung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors, im Auftrag der Bundesnetzagentur, S. 44.

b) Im Rahmen des Törnquist-Mengenindexes 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 Gasversorgungsnetzen (sog. 4-Steller-Ebene). Zudem hat das Statistische Bundesamt der Beschlusskammer 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. Auf der 3-Steller-Ebene sind VGR-Daten vorhanden, die die Wertschöpfungskette der Gasversorgung mit den Bestandteilen Gaserzeugung, Gashandel und Gasverteilung 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.⁵ 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 dritte 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 dritte 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 Beurteilungsspielraums⁶ eine Datenerhebung für die Bestimmung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für Betreiber von Gasversorgungsnetzen unter Berücksichtigung des Törnquist-Mengenindexes als erforderlich an. Die Datenerhebung ermöglicht es, ein umfassendes Bild der sektoralen Entwicklung im Bereich der Gasversorgungsnetze 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 zu konstatieren, dass die erhobenen Daten unter keinem Gesichtspunkt für den der Datenabfrage zugrunde liegenden Zweck Bedeutung haben könnten⁷. Denn zum Zeitpunkt des Erlasses der Festlegung konnte – wie bereits ausgeführt – noch keine sachgerechte Entscheidung hinsichtlich der finalen Methodik getroffen werden, weil eine der relevanten Methoden mangels entsprechender Datengrundlage noch nicht anwendbar war. Eine vorweggenommene ex post-Betrachtung verbietet sich insoweit.

Die Festlegung verpflichtet die Netzbetreiber daher, die in der Anlage zur Festlegung geforderten Angaben vorzunehmen. Dabei werden insgesamt 24 Einzelwerte und das Anlagevermögen

⁵ <https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/link/tabelleErgebnis/43221-0001>, Stand 05.04.2017.

⁶ 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."

⁷ 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."

für die Jahre 2006 bis 2016 abgefragt. Die in der Anlage zur Festlegung enthaltene XLSX-Datei besteht aus fünf Tabellenblättern. Auf das Tabellenblatt „Unternehmensdaten“, das auch als Deckblatt fungiert, folgt das Tabellenblatt „Erläuterungen“. Dieses gibt den Netzbetreibern Hilfestellungen für das Ausfüllen der folgenden Tabellenblätter. Die Einzelwerte werden dabei im Tabellenblatt „Datenabfrage“ und das sich im Eigentum des Netzbetreibers befindliche Anlagevermögen separat im Tabellenblatt „Netzbetreiber_Anlagevermögen“ abgefragt. Im letzten Tabellenblatt „Verpächter_Anlagevermögen“ wird das dem Netzbetreiber von Dritten überlassene Anlagevermögen erfasst. Gegenstand der Abfrage sind dabei Daten, die die Netzbetreiber im Wesentlichen den Gewinn- und Verlustrechnungen entnehmen können. Hinsichtlich der Abfrage des Anlagevermögens ist zwar festzuhalten, dass dieses nicht der Gewinn- und Verlustrechnung entnommen werden kann. 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.

Die Beschlusskammer sieht in Ausübung des ihr eingeräumten Beurteilungsspielraums⁸ die erhobenen Werte im Rahmen der Berechnungen auf Grundlage des Törnquist-Mengenindex als erforderlich an. Die Daten sind zur Ermittlung des Produktivitätsdifferentials und des Einstandspreisdifferentials im Rahmen dieser Methodik 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 Gasnetzbetreiberbranche benötigt. Andere Daten wie bspw. der Personalaufwand dienen wiederum 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 aufgrund der Stellungnahmen der Marktteilnehmer die Begrifflichkeiten im Tabellenblatt „Datenabfrage“ - soweit möglich - an den Wortlaut der Gewinn- und Verlustrechnung angeglichen und im Tabellenblatt „Erläuterungen“ die Definitionen der einzelnen abgefragten Positionen entsprechend angepasst sowie weitergehende „Schärfungen“ der Begriffe zur Vermeidung von Irrtümern vorgenommen. Damit begegnet die Beschlusskammer zum einen der Kritik an der fehlenden Übereinstimmung der Datenabfrage mit den Positionen der Gewinn- und Verlustrechnung. U.a. werden nunmehr die handelsrechtlichen Abschreibungen aus der Gewinn- und Verlustrechnung an Stelle der steuerlichen Abschreibungen abgefragt. Zum anderen wird dadurch eine klare und konsistente Datenabfrage ermöglicht. Weiterhin wurde im Tabellenblatt „Datenabfrage“ die Zahl der Einzelpositionen erneut überprüft und vorbehaltlich der Erforderlichkeit zur Ermittlung eines sachgerechten Ergebnisses einzelne Positionen aus der Abfrage entfernt. Ferner hat die Beschlusskammer ein weiteres Tabellenblatt „Verpächter_Anlagevermögen“ ergänzt. Damit wird der Kritik des Verbandes GEODE Rechnung getragen, dass zwar die Pachtzahlungen für überlassene Infrastruktur in der Gewinn- und Verlustrechnung erfasst werden, diese sich allerdings von den kalkulatorischen Kosten für überlassene Infrastruktur gemäß GasNEV der Höhe nach unterscheiden. Um diesen Umstand im folgenden Verfahren zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors berücksichtigen zu können, erfolgt eine ergänzende Abfrage über das Tabellenblatt „Verpächter_Anlagevermögen“ für Unternehmen, die die für den Netzbetrieb erforderliche Infrastruktur von Dritten pachten. Hinsichtlich der in den Stellungnahmen vorgetragenen Kritik, wonach sich die im Betrachtungszeitraum ändernden Strukturen der Netzbetreiber (bspw. Wechsel von „schlanker“ Netzgesellschaft zu „großer“ Netzgesellschaft) bei der Ermittlung der Produktivität berücksichtigt werden müssten, ist nicht ersichtlich, weshalb aus diesem Grund eine Veränderung der Datenabfrage dahingehend erfolgen sollte, dass die jeweilige vom Netzbetreiber gewählte Struktur irrelevant

⁸ 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.“

wird. Vielmehr handelt es sich bei der jeweiligen Struktur von Netzgesellschaften um einen Gesichtspunkt, der möglicherweise einen relevanten Einfluss auf die Produktivität des jeweiligen Unternehmens und ggfs. auf die Produktivität der Branche haben könnte. Eine finale Bewertung ist im Übrigen dem Festlegungsverfahren für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor vorbehalten. Es ist daher keinesfalls aus „ex ante“-Sicht offensichtlich, dass diese Daten unter keinem Gesichtspunkt für die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors Bedeutung haben könnten. Dieser Kritik hat die Beschlusskammer daher nicht entsprochen.

Der Zeitraum der Datenabfrage ist auf die Jahre 2006 bis 2016 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 frühzeitiger Beginn des Zeitraums der Datenabfrage ist aufgrund der für vertikal integrierte Betreiber von Gasversorgungsnetzen vor Einführung des EnWG 2005 fehlenden Verpflichtung zur Erstellung eines Tätigkeitsabschlusses für die Sparten Gasverteilung und Gasfernleitung nicht sachgerecht. Ebenfalls nicht berücksichtigt werden konnte der Vorschlag im Rahmen des Konsultationsverfahrens in Bezug auf die Abfrage des Anlagevermögens lediglich die Basisjahre der Anreizregulierung in den Blick zu nehmen. Für den Törnquist-Mengenindex ist eine möglichst breite und konsistente Datengrundlage erforderlich. Der nunmehr gewählte Zeitraum ist im Hinblick unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen ein sachgerechtes Ergebnis. Die Verpflichtung beinhaltet auch die Übermittlung der Daten der Rechtsvorgänger für den Zeitraum ab 2006.

6. 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. Für die elektronische Übermittlung soll im Energiedaten-Portal das Verfahren „Datenübermittlung Produktivitätsfaktor Gas“ ausgewählt werden. Für die Wahrung der Übermittlungsfrist am 14.07.2017 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. Im Erhebungsbogen können ausschließlich Eintragungen in den hierfür vorgesehenen Feldern vorgenommen werden. Im Übrigen ist der Erhebungsbogen schreibgeschützt. Eine Veränderung der Struktur des Erhebungsbogens – beispielsweise durch Einfügen oder Löschen von einzelnen Tabellenblättern, Spalten oder Zeilen – darf von den Netzbetreibern nicht vorgenommen werden.

Die vorstehenden Vorgaben 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 Bedienoberfläche zu vereinfachen. Zugleich wird die Beschlusskammer in die Lage versetzt, die Datenrückläufe möglichst zügig zu plausibilisieren, um auf dieser Grundlage noch im Jahr 2017 den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor bundeseinheitlich festzulegen. Im vorliegenden Massenverfahren ist daher kein Raum für von den Netzbetreibern abgewandelten bzw. mit Erläuterung versehenen Erhebungsbögen.

Teilweise ist in den Stellungnahmen angeführt worden, dass es möglich sein müsse, weitere Zeilen im Tabellenblatt „Anlagevermögen“ des Erhebungsbogens zu ergänzen, um auch solche noch in Betrieb befindlichen Anlagengüter eintragen zu können, die noch vor 1949 in Betrieb genommen wurden. Um dem abzuhelpen wurden die Zeilen der Tabellenblätter „Netzbetreiber_Anlagevermögen“ sowie „Verpächter_Anlagevermögen“ des Erhebungsbogens bis zum Jahr 1930 erweitert. Sollten im Abfragezeitraum noch Anlagen in Betrieb gewesen sein, die vor dem Jahr 1930 erstmalig in Betrieb genommen wurden, so sind die entsprechenden Anschaffungs- und Herstellungskosten hilfsweise in die Zeile 1930 einzutragen.

Für den Fall, dass vereinzelte Netzbetreiber die vorstehenden Vorgaben missachten bzw. überhaupt keine Angaben vornehmen, sei zudem der Hinweis auf die in § 94 EnWG geregelte Befugnis der Bundesnetzagentur gestattet, Anordnungen nach entsprechender Androhung mittels Zwangsgeld durchzusetzen. Die vorliegende Festlegung zur Erhebung der für die Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors erforderlichen Daten ist eine Anordnung im Sinn von § 94 Abs. 1 S. 1 EnWG⁹. Von einer entsprechenden Kompetenz seitens der Bundesnetzagentur ist der Verordnungsgeber ausweislich seiner Ausführungen in der Verordnungsbegründung im Hinblick auf die Festlegungen zur Datenerhebung gem. § 27 ARegV ebenfalls ausgegangen¹⁰. Wegen der gesetzlichen Notwendigkeit, den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor noch vor Beginn der dritten Regulierungsperiode festzulegen, müsste ein solches Verwaltungsvollstreckungsverfahren parallel zu der dann schon laufenden Plausibilisierung der bereits vorhandenen Daten mit erheblichem Zeitdruck durchgeführt werden, ohne jedoch eine entsprechende Verhältnismäßigkeitsprüfung des jeweiligen Einzelfalles entfallen zu lassen.

7. Frist zur Datenabfrage

Die Netzbetreiber sind verpflichtet, die dargestellten Daten in der vorstehend beschriebenen Form bis spätestens **14.07.2017** an die Beschlusskammer vollständig zu übermitteln. Diese Frist ist 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, notwendig. Die hier maßgebliche dritte Regulierungsperiode Gas beginnt am 01.01.2018. Eine spätere Datenübermittlung würde diese gesetzliche Vorgabe gefährden, weil die Beschlusskammer die große Zahl eingehender Datensätze zunächst noch 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 2017 durchführen zu können, ist die vorgenannte Frist geboten. Änderungen der Eintragungen im Erhebungsbogen nach Fristablauf sind daher grundsätzlich unzulässig. Nachlieferungen sind vielmehr nur in begründeten Ausnahmefällen nach Rücksprache mit der Beschlusskammer möglich.

In Folge der Stellungnahmen hat die Beschlusskammer entschieden, dass die ursprünglich Frist bis zum 30.06.2017 für die Datenabfrage um zwei Wochen bis einschließlich 14.07.2017 verlängert wird. Der Forderung nach einer weiteren Verlängerung der Frist bis Ende Juli oder, wie ebenfalls im Rahmen der Stellungnahmen gefordert wurde, bis Mitte September bzw. bis zu einem noch späteren Datum war aus den zuvor genannten Gründen nicht möglich.

8. 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 werden¹¹. Insoweit ist davon auszugehen, dass das Merkmal der Erforderlichkeit dann erfüllt ist, wenn die abgefragten Daten – aus der maßgeblichen ex-

⁹ vgl. *Hummel* in Danner/Theobald, ARegV, 90. Ergänzungslieferung, September 2016, §37 ARegV Rn. 25;

¹⁰ vgl. BR-Drs. 417/07 v. 15.06.2007, S. 72.

¹¹ 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, Beschl. v. 05.11.2014, Az. VI-3 Kart 90/13 [V], Rn. 44.

ante-Sicht – zur Aufgabenerfüllung beitragen können und die Auskunft für den Betroffenen keinen unverhältnismäßigen Aufwand bedeutet¹². 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 Geldentwertung¹³. 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 hierfür zwei wissenschaftliche Methoden analysiert: den Malmquist-Produktivitätsindex und den Törnquist-Mengenindex. 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 Verordnungsgründung bestätigt¹⁴.

Beide Methoden bedürfen einer validen Datengrundlage. Während die Daten für den Malmquist-Produktivitätsindex aufgrund der Durchführung der Effizienzvergleiche für die erste und zweite Regulierungsperiode bereits vorliegen und der Effizienzvergleich für die dritte Regulierungsperiode den dritten Datenpunkt noch liefern soll, wird die Datengrundlage für den Törnquist-Mengenindex auf Netzbetreiberebene durch die vorliegende Festlegung erst noch geschaffen. Da ein Rückgriff auf Daten des statistischen Bundesamtes nicht möglich ist bzw. auf Grund der Vermischung der Netzbetreiberdaten mit Daten von Gaserzeugern und Gashändlern nicht möglich ist. Folglich bedarf es einer eigenen Datenerhebung durch die Beschlusskammer.

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 höchststrichterlich konkretisierte Definition auf den in § 27 Abs. 1 ARegV verwendeten Begriff der „notwendigen Daten“ zu übertragen ist¹⁵. 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 könnten¹⁶. Den Regulierungsbehörden kommt bei der Einschätzung, welche Auskünfte oder Daten erforderlich sind, ein weiter Beurteilungsspielraum zu¹⁷. Diese Vorgaben der Rechtsprechung für eine Datenerhebung der Regulierungsbehörden werden vorliegend eingehalten. Den adressierten

¹² vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 05.11.2014, Az. VI-3 Kart 90/13 [V], Rn. 44.

¹³ vgl. BGH, Beschl. v. 31.01.2012, EnVR 16/10, Rn. 22 – juris.

¹⁴ vgl. BT-Drs. 17/7632, S. 5.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.“

Netzbetreibern werden rund drei Monate eingeräumt, wobei in Folge der Konsultation weitere Vereinfachungen und Klarstellungen vorgenommen wurden.

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 Törnquist-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 der, 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 seit dem Jahresabschluss 2006 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 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.

Auf die im Rahmen des Konsultationsverfahrens eingegangenen Hinweise hat die Beschlusskammer das Tabellenblatt „Datenerhebung“ sowohl begrifflich als auch hinsichtlich des Datenumfanges der jährlich von den Netzbetreibern zu erstellenden Gewinn- und Verlustrechnungen weiter angenähert. Soweit die Daten ohne weiteres der Gewinn- und Verlustrechnungen der letzten zehn Jahre entnommen werden können, ist der Aufwand für die Netzbetreiber mithin eher überschaubarer Natur. Demgegenüber ist der Aufwand beispielsweise für die Befüllung der Tabellenblätter „Netzbetreiber_Anlagevermögen“ und „Verpächter_Anlagevermögen“ aufwendiger. Eine dreimonatige 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.

Der Verhältnismäßigkeit des Umfangs der Datenabfrage steht schließlich auch nicht die in der Konsultation geäußerte Kritik entgegen, wonach teilweise Daten erhoben werden, die im Rahmen anderer regulatorischer Berichts- bzw. Datenerhebungspflichten bereits vorliegen könnten. Insoweit ist vor dem Hintergrund, dass der mit der Datenabfrage einhergehende Aufwand für jeden einzelnen Netzbetreiber für sich genommen angemessen ist, auch der Grundsatz der Verfahrensökonomie zu berücksichtigen. Der administrative Aufwand, die mit der Erhebung abgefragten Daten zentral für alle abgefragten Betreiber von Gasversorgungsnetzen im Bundesgebiet aus etwaig vorhandenen uneinheitlichen Datensammlungen herauszufiltern übersteigt den Aufwand des einzelnen Netzbetreibers deutlich. Der Aufwand würde vor dem Hintergrund des verbleibenden Zeitraums bis zum Beginn der dritten Regulierungsperiode dazu führen, dass die Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors nicht mehr fristgerecht erfolgen könnte.

bb) Weiterhin sieht es die Beschlusskammer auch nicht als geboten an, von der in § 9 Abs. 3 S. 3 ARegV vorgesehenen 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 schützen¹⁸. 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.

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, teilweise schon seit zehn Jahren 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 gegenläufige Kritik im Rahmen des Konsultationsverfahrens verkennt, dass eine Frist von rund drei Monaten hierfür zur Verfügung steht. Diese Frist ist als auskömmlich einzustufen (siehe unten dd). 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. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass der generelle sektorale Produktivitätsfaktor durch die Beschlusskammer erstmalig festgelegt wird. Für die ersten beiden Regulierungsperioden in der Anreizregulierung war ein Wert für den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor durch den Ordnungsgeber vorgegeben (vgl. § 9 Abs. 2 ARegV). Ein Rückgriff auf weitreichende Erfahrungswerte hinsichtlich der Ermittlung dieses Werts ist der Beschlusskammer mithin nicht möglich. 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 Törnquist-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 2017 und somit rechtzeitig vor Beginn der dritten Regulierungsperiode am 01.01.2018 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 Procedere vertraut sind.

¹⁸ vgl. BR-Drs. 417/07, S. 68.

Darüber hinaus erscheint die im Nachgang zur Konsultation vorgenommene Erweiterung der Tabellenblätter „Netzbetreiber_Anlagevermögen“ und „Verpächter_Anlagevermögen“ um die Jahre 1930 bis 1948 zwar geboten aber gemäß den Stellungnahmen auch ausreichend. Die Alternative, den Erhebungsbogen in nicht schreibgeschützter Form den Netzbetreibern zur Verfügung zu stellen, ist vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen zur Frage der Vereinheitlichung der Vorgaben aus Gründen der Verfahrensökonomie und des bestehenden Zeitdrucks insgesamt nicht zielführend, weshalb hiervon Abstand genommen wurde. Die Beschlusskammer hält es zudem eher für unwahrscheinlich, dass im Abfragezeitraum in Betrieb befindliche Anlagen noch früher in Betrieb genommen worden sind. Sollte dies dennoch vereinzelt der Fall sein, so können diese Anschaffungs- und Herstellungskosten in die Zeile des Jahres 1930 mit aufgenommen werden. Diese Vorgehensweise erscheint unkritisch, da allenfalls eine geringe Prozentzahl des branchenweiten Anlagevermögens hierunter fallen dürfte, sodass etwaige Auswirkungen auf das Gesamtergebnis nur von äußerst geringer Bedeutung wären.

dd) Abschließend ist auch die Verpflichtung der Netzbetreiber erforderlich und angemessen, wonach die angeforderten Daten nunmehr bis zum 14.07.2017 in dem sich aus der Festlegung ergebenden Umfang und in der sich aus der Festlegung ergebenden Form an die Bundesnetzagentur zu übermitteln sind. Zum einen war eine frühzeitigere Datenerhebung nicht möglich, da erst Ende Januar 2017 für die Beschlusskammer schlussendlich feststand, dass die für eine Anwendung des Törnquist-Mengenindexe valide Datengrundlage über das Statistische Bundesamt nicht bezogen werden konnte. Erst dann stand fest, dass eine eigene Datenerhebung zur Berechnung des Törnquist-Mengenindexe auf Netzbetreiberebene erforderlich wurde. Zum anderen hat die Beschlusskammer die zu erhebenden Daten auf einen Umfang begrenzt, der für die adressierten Netzbetreiber einen angemessenen Aufwand darstellt. Teilweise sind diese zur Erhebung dieser Daten bereits seit über zehn Jahre verpflichtet. Die Umsetzung der Festlegung bis zum 14.07.2017 erscheint mithin angemessen.

Eine weitergehende Verlängerung der ursprünglich bis zum 30.06.2017 geplanten Frist kommt trotz entsprechender Forderungen in den Stellungnahmen zum Konsultationsentwurf nicht in Betracht.

Die Beschlusskammer sieht es insbesondere nicht als geboten an, aufgrund regulatorischer Verpflichtungen der Netzbetreiber zum 30.06.2017 die vorliegende Frist weiter zu verlängern. Insoweit ist zum einen zu berücksichtigen, dass solche Mehrbelastungen, die daraus resultieren, dass ein Netzbetreiber sowohl für Strom als auch für Gas zuständig ist, schon deswegen nicht berücksichtigungsfähig ist, weil dies nicht auf alle Unternehmen der Branche zutrifft, aber das Ziel, einen Gleichlauf der Frist für alle Unternehmen nach Möglichkeit zu erreichen, aus Verfahrens- und Zeitgründen eine besondere Bedeutung beizumessen ist. Unabhängig von der Gesellschaftsform sollte der Netzbetreiber grundsätzlich personell in der Lage sein, Datenanforderungen der ARegV erfüllen zu können. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Beschlusskammer den Netzbetreibern mit der Verlängerung der ursprünglich konsultierten Frist um zwei Wochen bis zum 14.07.2017 entgegengekommen ist. Dieses Entgegenkommen ist ein sachgerechter Kompromiss zwischen den parallelen Verpflichtungen der Netzbetreiber auf der einen Seite und der Verpflichtung der Beschlusskammer, den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor noch vor Beginn der dritten Regulierungsperiode am 01.01.2018 festzulegen, auf der anderen Seite. Denn eine weitergehende Verlängerung der Abgabefrist kommt schon wegen der formalen Verfahrensschritte im Zusammenhang mit der Festlegung zur Ermittlung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors und die im Anschluss an die Datenerhebung zwingend durchzuführende Plausibilisierung der gelieferten Daten nicht in Betracht. Insbesondere die Notwendigkeit des Verfahrensschrittes der Plausibilisierung wurde in vielen Stellungnahmen zu Recht angemahnt und verlangt ein entsprechend gestaffeltes Vorgehen im Nachgang zu der gegenständlichen Datenerhebung.

Abschließend ist noch einmal daran zu erinnern, dass die Beschlusskammer die Datenabfrage noch stärker an der den Adressaten für den Abfragezeitraum vorliegenden Gewinn- und Verlustrechnungen orientiert hat und einige Daten nicht länger abfragt. Zwar ist auf Anregung des Verbandes GEODE der Erhebungsbogen zum Verpächter Anlagevermögen hinzugekommen. Jedoch wurde bereits mehrfach ausgeführt, dass die Befüllung der Tabellenblätter „Netzbetrei-

ber_Anlagevermögen“ und „Verpächter_Anlagevermögen“ zwar einen gewissen Aufwand in sich birgt, aber nach der kurzfristig durchführbaren Befüllung mit Daten aus der vorhandenen Gewinn- und Verlustrechnung noch fast drei Monate verbleiben, um die in den vorgenannten Tabellenblättern eingeforderten Angaben zu ermitteln und an die Beschlusskammer nach den Vorgaben der Festlegung zu liefern.

III.

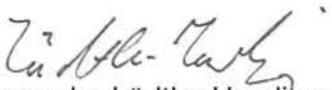
Da die Festlegung gegenüber einer Vielzahl betroffener Netzbetreiber erfolgt, ersetzt die Beschlusskammer, in Ausübung des ihr nach § 73 Abs.1a S. 1 EnWG zustehenden Ermessens, die Zustellung der Festlegung durch eine öffentliche Bekanntmachung. Die öffentliche Bekanntmachung wird dadurch bewirkt, dass 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.

Rechtsbehelfsbelehrung:

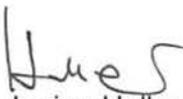
Gegen diese Entscheidung ist die Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich binnen einer mit der Zustellung der Entscheidung beginnenden Frist von einem Monat bei der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn (Postanschrift: Postfach 80 01, 53105 Bonn) einzureichen. Zur Fristwahrung genügt jedoch, wenn die Beschwerde innerhalb dieser Frist bei dem Beschwerdegericht, 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 enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Ferner muss sie die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt. Beschwerdeschrift und Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

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


Alexander Lütke-Handjery

Vorsitzender


Dr. Janine Haller

Beisitzerin


Mario Lamoratta

Beisitzer