



Oberlandesgericht  
Düsseldorf



**Wiegand Laubenstein, VROLG**

**enreg.**

**Jahrestagung**

**Berlin**

**5. und 6. Dezember 2019**

$$EO_t = KA_{dnb,t} + (KA_{vnb,0} + (1 - V_t) \cdot KA_{b,0}) \cdot (VPI_t / VPI_0 - PF_t) \cdot KKA_t + Q_t + (VK_t - VK_0) + S_t.$$

## § 9 Genereller sektoraler Produktivitätsfaktor

**(1) Der generelle sektorale Produktivitätsfaktor wird ermittelt aus der Abweichung des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts vom gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt und der gesamtwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung von der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung.**

...

- Die BNetzA hat mit Beschl. v. 21.2.2018, BK4-17-093, den **Xgen-Gas** auf den durch die Törnquist-Methode ermittelten Wert iHv **0,49%** festgelegt.
- Durch Beschl. v. 28.11.2018, BK4-18-056 wurde der **Xgen-Strom** auf **0,90%** festgelegt. Das durch die Malmquist-Methode ermittelte Ergebnis von 1,35% wurde hierbei mit einem 1/3-Abschlag versehen, um Brüche zwischen beiden Sektoren zu vermeiden (BK4-18-056, S. 64).
- Die Festlegung **Xgen-Gas** wurde mit Beschlüssen des OLG Düsseldorf v. 10.7.2019 **aufgehoben** (3 Kart 721/18 (V) u.a.).



# OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.07.2019

## – 3 Kart 721/18 (V) – Netze BW

### ➤ **Tenor**

- Der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 21.02.2018, BK4-17-093, wird aufgehoben und die Bundesnetzagentur verpflichtet, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats über die Festlegung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors für die dritte Regulierungsperiode Gas erneut zu entscheiden.
- Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen außergerichtlichen Aufwendungen der Beschwerdeführerin werden der Bundesnetzagentur auferlegt.
- Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf ... Euro festgesetzt.
- Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

$$EO_t = KA_{dnb,t} + (KA_{vnb,0} + (1 - V_t) \cdot KA_{b,0}) \cdot (VPI_t / VPI_0 - PF_t) \cdot EF_t + Q_t + (VK_t - VK_0) + S_t$$

- Der Xgen soll die **Entwicklung der Produktivität der Netzbranche abweichend von derjenigen der Gesamtwirtschaft** abbilden. Netzbetreiber sollen die netzwirtschaftliche Produktivitätssteigerung nachvollziehen und in Form **niedrigerer Netzentgelte** an ihre Kunden weitergeben können (BT-Drs. 17/7632, S. 4).
- Xgen beinhaltet – anders als die individuellen Effizienzvorgaben – eine generelle Vorgabe zur Bestimmung der Erlösobergrenze (EOG) in Form eines **unternehmensübergreifenden Korrekturfaktors für die allg. Geldentwertung**.
- Xgen ist bei der Berechnung der EOG bei einer positiven Produktivitätsentwicklung im Netzsektor als **genereller Abschlag** (PF<sub>t</sub>) zur Inflationsrate (VPI) ausgestaltet, Anlage 1 zu § 7 ARegV:

- **§ 9 I ARegV:** „Der generelle sektorale Produktivitätsfaktor wird ermittelt aus der **Abweichung des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts vom gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt** und [der Abweichung] der **gesamtwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung von der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung.**“

- Mathematisch ausgedrückt:

$$X_{gen} = \Delta TF^{Netz} - \Delta TF^{Ges} + \Delta Input^{Ges} - \Delta Input^{Netz}$$

- Als geeignete Verfahren zur Berechnung des  $X_{gen}$  nennt der Verordnungsgeber beispielhaft den **Törnquist-Index** und den **Malmquist-Index** (BR-Drs. 417/07, S. 48 f.).



# OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.07.2019

## – 3 Kart 721/18 (V) – Netze BW

- **1. Methodik**
- a) Angesichts der Komplexität der Törnquist- und der Malmquist-Methode in Abhängigkeit von der jeweils verfügbaren Datengrundlage ist keine Methode als deutlich überlegen einzustufen. Der Bundesnetzagentur steht deshalb bei der Auswahl der Methode ein Beurteilungsspielraum zu.
- b) Die Residualbetrachtung zur Ermittlung der gesamtwirtschaftlichen Bestandteile ist mit § 9 Abs. 1 und 3 Satz 1 ARegV vereinbar. § 9 Abs. 1 ARegV gibt nicht zwingend die getrennte Ermittlung von vier Einzelwerten vor. Aufgrund der wissenschaftlich anerkannten Zusammenhänge zwischen Outputpreisen, Inputpreisen und Produktivitätsfortschritt ist die von der Bundesnetzagentur angewandte Formel äquivalent. Die Residualbetrachtung führt nicht zu systematischen Verzerrungen, die durch einen Differenzansatz zu eliminieren wären. Die Anwendung der Residualmethode ist aus den vorstehenden Gründen auch im Rahmen der Berechnung des Malmquist-Index rechtmäßig.

## 1. Residualbetrachtung vs. Differenzansatz

- **Differenzansatz** (Beschwerdeführer): Separate Ermittlung aller vier in §9 I ARegV genannten Terme:

$$X_{\text{gen}} = \Delta TF^{\text{Netz}} - \Delta TF^{\text{Ges}} + \Delta \text{Input}^{\text{Ges}} - \Delta \text{Input}^{\text{Netz}}$$

- **Residualbetrachtung** (BNetzA): Aus bekannten Werten wie der Änderung der gesamtwirtschaftlichen Outputpreisentwicklung – näherungsweise durch den VPI abgebildet – und des gesamtwirtschaftlichen technischen Fortschritts wird auf ein unbekanntes Residuum geschlossen, hier die Änderung der gesamtwirt. Inputpreise (BK4-17-093, S. 16). Vereinfachung der Xgen-Formel:

$$X_{\text{gen}} = \Delta TF^{\text{Netz}} - \Delta \text{Input}^{\text{Netz}} + \text{VPI}$$



## 1. Residualbetrachtung vs. Differenzansatz

- BNetzA hat **fehlerfrei** die Residualbetrachtung angewendet. Residualbetrachtung beruht auf wiss. anerkannten Zusammenhängen. Differenzansatz nicht greifbar überlegen.
- Allg. Inflationsrate drückt in wettbewerblich organisierten Märkten die Differenz zw. Wachstumsrate der Inputpreise und Rate des generellen Produktivitätswachstums aus (BT-Drs. 17/7632, 4; BR-Drs. 417/07, 48):

$$\Delta VPI = \Delta \text{Input}^{\text{Ges}} - \Delta \text{TF}^{\text{Ges}}$$

- Diese Äquivalenzbeziehung kann im Rahmen der Xgen-Berechnung gem. §9 Abs. 1 ARegV berücksichtigt werden, sodass:

$$\text{Xgen} = \Delta \text{TF}^{\text{Netz}} - \Delta \text{TF}^{\text{Ges}} + \Delta \text{Input}^{\text{Ges}} - \Delta \text{Input}^{\text{Netz}}$$

- Da  $(\Delta \text{Input}^{\text{Ges}} - \Delta \text{TF}^{\text{Ges}}) = \text{VPI}$ , lässt sich die viergliedrige Xgen-Formel vereinfachen in:  $\text{Xgen} = \Delta \text{TF}^{\text{Netz}} - \Delta \text{Input}^{\text{Netz}} + \text{VPI}$

## OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.07.2019 – 3 Kart 721/18 (V) – Netze BW

### 2. Stützintervall

- Bestimmung des Xgen ist rechtswidrig, weil ein anhand des Törnquist-Index berechneter Xgen iHv **0,49%** gegenüber **Veränderungen des sog. Stützintervalls, also des relevanten Betrachtungszeitraums nicht robust** ist.
- Im gewählten Stützintervall **2006-2016** treten **auffällig starke Schwankungen** auf, die die BNetzA hätte eingehend auf ihre Ursachen hin untersuchen müssen. Ein Stützintervall 2011-2016 ergibt zB einen Xgen von **2,95%**, ein Stützintervall 2012-2016 einen Wert von **-2,12%**.



# **OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.07.2019**

## **– 3 Kart 721/18 (V) – Netze BW**



### **➤ 2. Stützintervall**

- a) Die Bestimmung des Xgen setzt voraus, dass der ermittelte Xgen-Wert gegenüber Veränderungen des Stützintervalls robust ist. Bei starken Schwankungen scheidet ein Stützintervall als Ermittlungsgrundlage des Xgen aus.**
- b) Die Einbeziehung des Jahres 2006 in das Stützintervall setzt eine tragfähige Begründung dafür voraus, dass die zunächst von der Behörde selbst als fragwürdig erachtete Qualität der Daten dieses Jahres gewährleistet war.**
- c) Die Auswahl des Stützintervalls erfordert auch eine hinreichende Auseinandersetzung mit dem sog. Basisjahreffekt.**
- d) Eine vollkommen entgegengesetzte Plausibilisierungsprüfung der Xgen-Werte im Gas- und Strombereich durch dieselbe Beschlusskammer erzeugt durchgreifende Zweifel, ob die Plausibilisierung der Stützintervalle ergebnisoffen erfolgt ist.**
- e) Eine unzureichende Begründung der diametral unterschiedlichen Plausibilisierungsverfahren bei der Auswahl des Stützintervalls 2006-2016 für den Xgen-Gas stellt einen Begründungsmangel dar, der ebenfalls zur Rechtswidrigkeit der Festlegung führt.**



# OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.07.2019

## – 3 Kart 721/18 (V) – Netze BW

### ➤ 3. Abschreibungen

- Bei der Berechnung der Abschreibungen als Bestandteil der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung nach der Törnquist-Methode ist nicht auf handelsrechtliche, sondern auf regulatorische Grundsätze abzustellen.



# OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.07.2019

## – 3 Kart 721/18 (V) – Netze BW

### ➤ 4. Fremdkapitalzinsen

- Bei der Ermittlung der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung nach der Törnquist-Methode entspricht ein jährlich aktualisierter Zins für das Fremdkapital nicht den für Netzbetreiber relevanten Gegebenheiten auf dem Kapitalmarkt.

## 5. Bestabrechnung

- Die BNetzA hat den Xgen-Gas zur Plausibilisierung anhand des **Malmquist-Index** berechnet → auch der Malmquist-Index ist damit rechtlich relevant.
  - Vgl. auch BK4-18-056: Xgen-Strom beruht auf dem nach der Malmquist-Methode berechneten niedrigeren Wert.
- Die Malmquist-Methode der BNetzA ist eigentlich eine **Kosten-DEA** und **Kosten-SFA** auf Grundlage der Daten der drei vergangenen Effizienzvergleiche. Dann muss die Behörde auch die normativen Vorgaben zum Effizienzvergleich beachten.
- Geboten ist zugunsten der Netzbetreiber eine **Bestabrechnung analog §12 III, IVa ARegV**.



# OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.07.2019

## – 3 Kart 721/18 (V) – Netze BW

### ➤ 5. Bestabrechnung

- Wird zur Plausibilisierung des durch den Törnquist-Index ermittelten Wertes der Xgen auch anhand der Malmquist-Methode berechnet, so ist aufgrund der methodischen Ausgestaltung der Berechnung, der Datengrundlage und der damit verbundenen Unsicherheiten analog § 12 Abs. 3 und 4a ARegV eine Bestabrechnung zugunsten der Netzbetreiber vorzunehmen.
- Die Interessen der Netznutzer an einer möglichst günstigen Netznutzung werden bei der Bestimmung angemessener Netzentgelte im Sinne des § 21 Abs. 1 Satz 1 EnWG dadurch gewährleistet, dass die Vorschriften der Anreizregulierungsverordnung, darunter § 9 ARegV, in Übereinstimmung mit dem Normzweck und rechtsstaatlichen Grundsätzen Anwendung finden.



# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

