

N&R

Netzwirtschaften & Recht

Energie, Telekommunikation,
Verkehr und andere Netzwirtschaften

6/2018

S. 257–320

15. Jahrgang

Herausgegeben von
Achim Berg
Wilhelm Eschweiler
Peter Franke
Andrees Gentzsch
Martin Henke
Jochen Homann
Alexander Kirschall
Wolfgang Kopf
Stephan Korehnke
Matthias Kurth
Barbara Minderjahn
Andreas Mundt
Birgit Ortlieb
Stefan Richter
Franz Jürgen Säcker
Geschäftsführender
Herausgeber
Christian Koenig
Schriftleitung
Institut für das Recht
der Netzwirtschaften,
Informations- und
Kommunikations-
technologie (IRNIK)
www.nundr.net

- *Bernd Holznagel*
20 Jahre Regulierung der Netzindustrien: Die Balancierung
der Regulierungsziele wird zur Daueraufgabe 257
 - *Eva Deuchert/Silke Johanndeiter/Peter Rosin/
Kristin Spiekermann*
Warum die Residualmethode bei der Berechnung
des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors aus
rechtlicher und sachlicher Sicht nicht angewendet
werden kann 258
 - *Markus Ludwigs*
Gemeinwohlverfolgung und Regulierungsrecht
vor neuen Herausforderungen? 262
 - *Bastian Reube*
Update DigiNetzG – Blick zurück auf zwei Jahre Praxis 268
 - *Tobias Bühlmeier*
Zuweisung von Kapazität in Serviceeinrichtungen
der Eisenbahn durch die Bundesnetzagentur –
Eine Analyse von § 13 Abs. 5 ERegG 274
 - *Ludwig Gramlich*
Das Postrecht in den Jahren 2017/2018 291
 - *Danielle Herrmann*
Anmerkung zum Urteil des BVerwG: keine Vorgaben
zur Entgeltberechnung in einer Regulierungsverfügung 314
- N&R-Beilage 2/2018
Ulrich Büdenbender/Burkhard Pedell
Ökonomisches und rechtliches Erfordernis einer
Verlängerung der Geltung des positiven Sockeleffekts
im Rahmen der Netzentgeltregulierung über
§ 34 Abs. 5 ARegV hinaus 1

Aufsätze

Dr. Eva Deuchert, Silke Johanndeiter, Dr. Peter Rosin und Dr. Kristin Spiekermann

Warum die Residualmethode bei der Berechnung des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors aus rechtlicher und sachlicher Sicht nicht angewendet werden kann

Die Bundesnetzagentur hat am 21. Februar 2018 den generellen sektoralen Produktivitätsfaktor (Xgen) für Gasnetzbetreiber mit 0,49% final festgelegt. Gegen diese Festlegung haben 743 Gasnetzbetreiber beim zuständigen Kartellsenat des OLG Düsseldorf Beschwerde eingelegt. Dreh- und Angelpunkt dieses Beschwerdeverfahrens wird die Frage sein, ob sich die Bundesnetzagentur bei der Festlegung des Xgen an geltendes Recht gehalten hat. Es zeichnet sich bereits jetzt ab, dass einer der Kernpunkte hierbei die Anwendbarkeit der sog. Residualmethode zur Bestimmung der gesamtwirtschaftlichen Bestandteile des Xgen sein wird. Der Beitrag zeigt, dass diese Methode sowohl aus rechtlicher als auch aus sachlicher Sicht nicht angewendet werden darf.

I. Wozu wird der Xgen benötigt?

Die Anreizregulierung basiert teilweise auf dem Budgetprinzip. Dies bedeutet, dass die Erlösobergrenze auf dem Niveau der effizienten Kosten des Basisjahres fixiert ist. In einem Zeitraum von bis zu sieben Jahren kann es aber zu exogen verursachten Veränderungen dieses Ausgangsniveaus der Kosten kommen. So ist davon auszugehen, dass sich die Preise der Produktionsfaktoren der Unternehmen (Einstandspreise), wie beispielsweise die Löhne, verändern. Dies erhöht üblicherweise die Kosten. Nur in seltenen Fällen werden Produktionsfaktoren günstiger. Kostensenkungen können aber durch technischen Fortschritt entstehen, wenn man mit der gleichen Anzahl an Produktionsfaktoren eine höhere Anzahl an Endprodukten herstellen kann, z.B. durch Automatisierung, eine bessere Ausbildung von Mitarbeitern oder durch die Verwendung von besseren Materialien.

Das System der ARegV will einen funktionierenden Wettbewerb in dem grundsätzlich monopolistisch strukturierten Netzbereich simulieren. In einem funktionierenden Wettbewerb werden die sich verändernden Einstandspreise sowie Kostensenkungen durch Produktivitätswachstum an den Kunden weitergereicht. Auch die Erlösobergrenze soll daher die exogenen Veränderungen der Kosten der Netzbetreiber abbilden. Dazu wird das Ausgangsniveau der Kosten mit einem Faktor inflationiert, der die Entwicklungen der Einstandspreise und der Produktivität der Netzwirtschaft widerspiegelt. Genau diese Funktion hat der Xgen (§9 ARegV) im Zusammenspiel mit dem Verbraucherpreisindex (VPI) (§8 ARegV):

$Erlösobergrenze_t = \text{Kosten}_{\text{Basisjahr}} (\Delta VPI_t - Xgen_t)$

II. Ausgestaltung des Xgen durch den Verordnungsgeber

Die Höhe des Xgen war für die ersten beiden Regulierungsperioden in §9 Abs.2 ARegV normativ vorgegeben. Diese Vorgabe war durch die Annahme des Verordnungsgebers geprägt, dass die Einführung der Anreizregulierung in der Netzwirtschaft höhere Produktivitätssteigerungen als in wettbewerblich organisierten Märkten erreichen könne.¹ Die normativen Ziele für den Xgen wurden daher für die ersten beiden Regulierungsperioden mit 1,25% bzw. 1,5% sehr ambitioniert festgelegt, was dazu führte, dass die Netzbetreiber über die Inflationierung der Erlösobergrenze nahezu keine Preisanpassungen innerhalb einer Regulierungsperiode vornehmen durften. Diese Übergangsphase ist jedoch abgeschlossen, denn der Verordnungsgeber verpflichtet die Bundesnetzagentur in §9 Abs.3 S.1 ARegV, den Xgen ab der dritten Regulierungsperiode jeweils vor Beginn der Regulierungsperiode nach Maßgabe von Methoden festzulegen, die dem Stand der Wissenschaft entsprechen.

Entsprechend der Vorgabe des §9 Abs.1 ARegV wird der Xgen aus der Abweichung des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts vom gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt und der gesamtwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung von der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung ermittelt.

Die Implementierung des Xgen im Rahmen des Entgeltregulierungssystems nach der ARegV geht auf die ökonomische Theorie von *Bernstein* und *Sappington* zurück, die aufzeigen, dass der Xgen als Korrekturfaktor für den Verbraucherpreisindex (VPI) zu verstehen ist.² In Anlehnung hieran ist der Xgen in der ARegV ebenfalls als Korrekturfaktor zum Verbraucherpreisindex formuliert.³

Der Verbraucherpreisindex bildet die Entwicklung der gesamtwirtschaftlichen Preissteigerungsrate ab, die von privaten Haushalten für Konsumzwecke gekauft werden. Darunter fallen z.B. Nahrungsmittel, Bekleidung, Kraftfahrzeuge oder Mieten. Der Verbraucherpreisindex wird durch Preisvergleiche von Gütern gebildet. In einer wettbewerblich organisierten Volkswirtschaft beinhaltet er wie oben beschrieben implizit sowohl Kostensteigerungen in Form von steigenden gesamtwirtschaftlichen Einstandspreisen – d.h. Preisen von

1 Begründung zur Verordnungsvorlage der Bundesregierung, BR-Drs. 417/07, 37, 48.

2 *Bernstein/Sappington*, Journal of Regulatory Economics 16 (1999), 5.

3 Vgl. nur BGH, N&R 2012, 174, 175 Rn.22 (Beschl. v. 31.1.2012 – Az. EnVR 16/10); *Burger/Kraus/Lauer*, et 9/2017, 16.

Produktionsfaktoren – als auch Kostensenkungen in Form einer gestiegenen Produktivität. Theoretisch gilt daher der folgende Zusammenhang:

$$\Delta VPI = \Delta Preis^{Ges} - \Delta Prod^{Ges},$$

wobei das Deltazeichen (Δ) eine prozentuale Veränderung darstellt.

Zu beachten ist allerdings, dass die gesamtwirtschaftliche Einstandspreis- und Produktivitätsentwicklung nicht der netzwirtschaftlichen Einstandspreis- und Produktivitätsentwicklung entspricht. Z.B. werden für die Produktion von Fahrzeugen gänzlich andere Produktionsmittel verwendet als beim Betrieb von Netzen. Die Änderungsraten der Preise dieser Produktionsmittel können dabei erheblich voneinander abweichen. Auch die Produktivitätsentwicklung verläuft in verschiedenen Industrien unterschiedlich. Vergleichsweise neue, innovative Branchen, wie beispielsweise die Computerindustrie, verzeichnen wesentlich höhere Produktivitätsentwicklungen als bereits etablierte Branchen wie die Gasnetzwirtschaft, die mit langlebigen und versunkenen Kapitalgütern produziert. Diese Unterschiede bildet der Xgen ab, indem die gesamtwirtschaftliche Einstandspreis- und Produktivitätsentwicklung um die netzwirtschaftliche Produktivitätsentwicklung korrigiert wird:

$$Xgen = \Delta Preis^{Ges} - \Delta Preis^{Netz} + \Delta Prod^{Netz} - \Delta Prod^{Ges}$$

Zur Bestimmung des Xgen nach §9 Abs.1 ARegV müssen demnach also vier Terme bestimmt werden: die gesamtwirtschaftliche sowie die netzwirtschaftliche Einstandspreisentwicklung und die gesamtwirtschaftliche sowie die netzwirtschaftliche Produktivitätsentwicklung. Im Ergebnis erhält man aus dem Zusammenspiel des Verbraucherpreisindex und des Xgen dann die Entwicklung der effizienten Kosten eines Netzbetreibers, mit der die Kosten aus dem Basisjahr zur Bestimmung der Erlösobergrenze im Laufe der Regulierungsperiode inflationiert werden.

III. Vorgehensweise der Bundesnetzagentur zur Ermittlung des Xgen

Die Bundesnetzagentur wendet in ihrer Festlegung des Xgen für die Bestimmung der netzwirtschaftlichen Bestandteile im ersten Schritt zwar verschiedene Methoden an (*Törnquist* und *Malmquist*), legt den Xgen final jedoch anhand der Berechnungen aus der *Törnquist*-Methode fest.⁴ Im Rahmen der *Törnquist*-Methode werden die netzwirtschaftliche Einstandspreis- und Produktivitätsentwicklung einzeln bestimmt. Sie wird häufig auf Daten der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung des Statistischen Bundesamts angewandt, welche die Wertschöpfung und Produktionsfaktoren einer Industrie oder aller Industrien einer Volkswirtschaft aggregiert beschreiben. Für die Gasnetzwirtschaft liegen diese Daten beim Statistischen Bundesamt nicht vor. Dort sind lediglich die Daten der Energiewirtschaft als Ganzes inkl. aller Wertschöpfungsstufen erhältlich. Die Bundesnetzagentur hat daher Daten aus den Jahresabschlüssen der Netzbetreiber erhoben, um die Datenreihen der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung für die Gasnetzwirtschaft nachzubilden und auf die *Törnquist*-Methode anzuwenden.⁵

Für die Berechnung der gesamtwirtschaftlichen Einstandspreis- und Produktivitätsentwicklung werden die vergleichbaren Daten der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung allerdings gerade nicht herangezogen. Vielmehr wendet die Bundesnetzagentur die sog. Residualmethode an: Anstatt die gesamtwirtschaftliche Einstandspreis- und Produktivitätsentwicklung jeweils einzeln zu bestimmen, verwendet die Bundesnetzagentur den Verbraucherpreisindex, um die beiden Terme gemeinsam abzubilden.⁶ Sie beruft sich dabei auf den

zuvor beschriebenen theoretischen Zusammenhang, der den Verbraucherpreisindex als Zusammensetzung aus gesamtwirtschaftlicher Preis- und Produktivitätsentwicklung beschreibt. Sie begründet ihr Vorgehen damit, dass ihre Berechnung auf diese Weise weniger fehleranfällig sei, weil es sich bei dem Verbraucherpreisindex um einen etablierten Index handle. Zudem könne sie die jeweiligen Terme für die Gesamtwirtschaft gar nicht bestimmen, da u. a. ein einheitlicher Einstandspreisindex für die Gesamtwirtschaft nicht vorliege.⁷ Insgesamt berechnet die Bundesnetzagentur also nur drei Terme – den Verbraucherpreisindex, die netzwirtschaftliche Einstandspreis- und die netzwirtschaftliche Produktivitätsentwicklung:

$$Xgen = \Delta VPI - \Delta Preis^{Netz} + \Delta Prod^{Netz}$$

IV. Rechtmäßigkeit des Vorgehens der Bundesnetzagentur?

Die Bundesnetzagentur weicht mit ihrem Vorgehen zunächst offensichtlich von der ARegV ab, weil sie die gesamtwirtschaftlichen Bestandteile des Xgen nicht separat ermittelt. Demgegenüber ist der Wortlaut der ARegV insoweit eindeutig. Nach §9 Abs 1 ARegV wird der generelle sektorale Produktivitätsfaktor ermittelt aus der Abweichung des netzwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritts vom gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsfortschritt und der gesamtwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung von der netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung. Der Ordnungsgeber hat der Bundesnetzagentur zwar an anderer Stelle – nämlich *wie* die vier Terme methodisch zu bestimmen sind – einen Entscheidungsspielraum eingeräumt. *Dass* vier Terme zu bestimmen sind, ergibt sich indes eindeutig aus dem Wortlaut des §9 Abs.1 ARegV.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass dem Ordnungsgeber der von der Bundesnetzagentur bemühte Zusammenhang zwischen der allgemeinen Inflationsrate und der Wachstumsrate des gesamtwirtschaftlichen Fortschritts durchaus bekannt war. Ausdrücklich führt der Ordnungsgeber aus:

„In funktionsfähigen Wettbewerbsmärkten zwingen die Marktkräfte die Marktteilnehmer dazu, Produktivitätsfortschritte zu realisieren und die daraus resultierenden Zugewinne in Form niedrigerer Preise an die Kunden weiterzugeben. Die allgemeine Inflationsrate drückt in diesen Märkten die Differenz zwischen der Wachstumsrate der Inputpreise und der Rate des generellen Produktivitätswachstums aus.“⁸

Hätte der Ordnungsgeber das Zusammenfassen unterschiedlicher Terme im Sinne einer Residualbetrachtung gewollt, hätte er dies also – insbesondere angesichts des Umstands, dass ihm dieser Zusammenhang bekannt war – explizit regeln können. Alternativ hätte er die Ermittlungsvorgabe des §9 Abs.1 ARegV auch gänzlich weglassen und der Behörde insoweit einen Entscheidungsspielraum zugestehen können. Dies ist jedoch nicht erfolgt.

Die wortlautgetreue Ermittlung des Xgen nach §9 Abs.1 ARegV stellt dabei in sachlicher Hinsicht auch keine bloße Förmelerei dar. Denn der in §9 Abs.1 ARegV verankerte Ansatz, wonach der Xgen durch die Bestimmung vier separater Terme zu ermitteln ist, hat auch in der Sache eine fachliche Berechtigung. Die Bundesnetzagentur muss anhand der ihr

4 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 21.2.2018 – Az. BK4-17-093, S. 51 f.

5 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 5.4.2017 – Az. BK4-17-004, S. 8.

6 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 21.2.2018 – Az. BK4-17-093, S. 16 f.

7 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 21.2.2018 – Az. BK4-17-093, S. 17.

8 Begründung zur Verordnungsvorlage der Bundesregierung, BR-Drs. 417/07, 37, 48.

vorliegenden Daten die zukünftig zu erwartende Einstandspreis- und Produktivitätsentwicklung abschätzen. Dabei gilt selbst bei der besten Methode: Schätzen heißt fehlen. Dieses Grundprinzip der Datenanalyse hat auch die Bundesnetzagentur erkannt, weil sie in ihrer Festlegung selbst die Anwendung der Residualmethode mit der Fehleranfälligkeit der Berechnung der gesamtwirtschaftlichen Einstandspreis- und Produktivitätsentwicklungen begründet.⁹ Diese Fehleranfälligkeit trifft jedoch auch auf die Bestimmung der netzwirtschaftlichen Bestandteile zu und es stellt sich demnach die Frage, ob die einseitige (vermeintliche) Beseitigung von Fehlern durch die Anwendung der Residualmethode für die Ermittlung der gesamtwirtschaftlichen Terme den Gesamtfehler bei der Bestimmung des Xgen verringert. Im Folgenden wird dargelegt, dass dies nicht der Fall ist.

So kann beispielsweise die berechnete netzwirtschaftliche Produktivitätsentwicklung (mit einem $\widehat{}$ als Schätzwert gekennzeichnet, $\Delta Prod^{Netz}$) im Vergleich zur tatsächlichen (unbeobachteten) netzwirtschaftlichen Produktivitätsentwicklung ($\Delta Prod^{Netz}$) Fehler ($Fehler_{Prod}^{Netz}$) enthalten:

$$\widehat{\Delta Prod}^{Netz} = \Delta Prod^{Netz} + Fehler_{Prod}^{Netz}$$

Fehler können auch bei der Berechnung der netzwirtschaftlichen Preisentwicklung oder bei der Berechnung der gesamt- und netzwirtschaftlichen Einstandspreisentwicklung entstehen. Analog zu oben können diese Terme daher ebenfalls wie folgt dargestellt werden:

$$\widehat{\Delta Prod}^{Ges} = \Delta Prod^{Ges} + Fehler_{Prod}^{Ges}$$

$$\widehat{\Delta Preis}^{Netz} = \Delta Preis^{Netz} + Fehler_{Preis}^{Netz}$$

$$\widehat{\Delta Preis}^{Ges} = \Delta Preis^{Ges} + Fehler_{Preis}^{Ges}$$

Fügt man die fehlerhaft bestimmten Terme in die in § 9 Abs. 1 ARegV vorgegebene Formel für die Ermittlung des Xgen ein, so erhält man folgenden Zusammenhang:

$$\begin{aligned} \widehat{Xgen} &= (\widehat{\Delta Prod}^{Netz} - \widehat{\Delta Prod}^{Ges}) + (\widehat{\Delta Preis}^{Ges} - \widehat{\Delta Preis}^{Netz}) \\ &= ((\Delta Prod^{Netz} + Fehler_{Prod}^{Netz}) - (\Delta Prod^{Ges} + Fehler_{Prod}^{Ges})) \\ &\quad + ((\Delta Preis^{Ges} + Fehler_{Preis}^{Ges}) - (\Delta Preis^{Netz} + Fehler_{Preis}^{Netz})) \end{aligned}$$

Es ist allerdings davon auszugehen, dass die Fehler bei der Ermittlung der netz- und gesamtwirtschaftlichen Terme in etwa vergleichbar sein müssten, sofern in beiden Sektoren analog vorgegangen wird, also eine inhaltlich vergleichbare Datenbasis und Methodik verwendet wird. Da die Bundesnetzagentur bei der Datenerhebung die Datenreihen der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung, die für die Gesamtwirtschaft vorliegen, nachgebildet hat, ist diese Voraussetzung erfüllt. Die Terme für beide Sektoren können daher analog berechnet werden, wobei die Fehler für beide Sektoren in etwa identisch ausfallen würden: $Fehler_{Prod}^{Netz} = Fehler_{Prod}^{GW} = Fehler_{Prod}$ und $Fehler_{Preis}^{Netz} = Fehler_{Preis}^{GW} = Fehler_{Preis}$. Fehler, die bei der Ermittlung einerseits der gesamtwirtschaftlichen Bestandteile und andererseits der netzwirtschaftlichen Bestandteile unterlaufen, kürzen sich mithin gegenseitig heraus und der berechnete Xgen entspricht seinem tatsächlichen Wert:

$$\begin{aligned} \widehat{Xgen} &= ((\Delta Prod^{Netz} + Fehler_{Prod}) - (\Delta Prod^{Ges} + Fehler_{Prod})) \\ &\quad + ((\Delta Preis^{Ges} + Fehler_{Preis}) - (\Delta Preis^{Netz} + Fehler_{Preis})) \\ &= (\Delta Prod^{Netz} - \Delta Prod^{Ges}) + (\Delta Preis^{Ges} - \Delta Preis^{Netz}) \\ &= Xgen \end{aligned}$$

Die Formulierung in § 9 Abs. 1 ARegV erlaubt also im Grundsatz Fehler bei der Bestimmung des Xgen. Sie verlangt aber, dass diese Fehler symmetrisch in beiden Sektoren (also bei den gesamtwirtschaftlichen und bei den netzwirtschaftlichen Bestandteilen) gemacht werden, damit sie sich in diesem Fall herauskürzen.

Damit entspricht die Formulierung der ARegV auch dem in der Ökonometrie weit verbreiteten Ansatz, unverzerrte Effekte

durch eine Differenzenbildung zu schätzen (z.B. analog zur Differenzen-in-Differenzen-Methode¹⁰), und kann daher als Differenzenansatz beschrieben werden.

Das Vorgehen der Bundesnetzagentur hebelt diesen Grundsatz allerdings aus. Sie vermeidet durch Anwendung der Residualmethode – wenn überhaupt – Fehler nur in einem Sektor – der Gesamtwirtschaft – und bestimmt den Xgen wie folgt:

$$\widehat{Xgen} = (\widehat{\Delta Prod}^{Netz} - \widehat{\Delta Preis}^{Netz}) + \Delta VPI$$

Hier ist es nun nicht mehr möglich, dass sich Verzerrungen auf Seiten der Gasnetzwirtschaft herauskürzen. Wie oben werden in die Gleichung die (unbeobachtete) tatsächliche netzwirtschaftliche Preis- und Produktivitätsentwicklung und die jeweiligen Fehler eingesetzt, während die gesamtwirtschaftlichen Terme aus Sicht der Bundesnetzagentur fehlerfrei durch den Verbraucherpreisindex angesetzt werden. Hieraus ergibt sich dann ein fehlerhaft bestimmter Xgen, denn die einzelnen Fehler können sich nun nicht mehr herauskürzen:

$$\begin{aligned} \widehat{Xgen} &= ((\Delta Prod^{Netz} + Fehler_{Prod}^{Netz}) - (\Delta Preis^{Netz} + Fehler_{Preis}^{Netz})) \\ &\quad + \Delta Preis^{Ges} - \Delta Prod^{Ges} \\ &= (\Delta Prod^{Netz} - \Delta Prod^{Ges}) + (\Delta Preis^{Ges} - \Delta Preis^{Netz}) \\ &\quad + (Fehler_{Prod}^{Netz} - Fehler_{Preis}^{Netz}) \\ &= Xgen + (Fehler_{Prod}^{Netz} - Fehler_{Preis}^{Netz}) \end{aligned}$$

Dies bedeutet, dass sich die Fehler nicht mehr herauskürzen, solange bei der Berechnung der netzwirtschaftlichen Einstandspreis- und Produktivitätsentwicklung unterschiedliche Fehler gemacht werden ($Fehler_{Prod}^{Netz} - Fehler_{Preis}^{Netz} \neq 0$). Der Xgen wird dann verzerrt dargestellt, so dass der berechnete Wert des Xgen (\widehat{Xgen}) nicht seinem wahren Wert entspricht.

Vereinfacht ausgedrückt: Der Differenzenansatz kann wie eine Waage verstanden werden. Solange die Gewichte (in diesem Falle Fehler) auf beiden Seiten der Waage gleich schwer sind, ist die Waage als Ganzes ausgeglichen. Wird das Gewicht (d.h. der Fehler) nur auf einer Seite der Waage entfernt (z.B. auf Seiten der Gesamtwirtschaft) sinkt die Waage und ist dann im Ungleichgewicht. Durch ein einseitiges Vorgehen zur Beseitigung von Fehlern entstehen also erst Fehler im Xgen und werden dadurch nicht behoben.

V. Welchen Unterschied macht das?

Die Bundesnetzagentur könnte dann die Residualmethode anwenden, wenn die Methoden zur Berechnung von Einstandspreisentwicklung und Produktivitätsentwicklung so exakt wären, dass ohnehin keine Fehler aufträten, die sich im Rahmen des in § 9 Abs. 1 ARegV normativ vorgegebenen Differenzenansatzes gegenseitig aufheben müssten. In diesem Fall hätten die Netzbetreiber wohl auch keinen Grund, sich zu beschweren. Dafür hätte die Bundesnetzagentur die Methodik, die sie zur Berechnung der netzwirtschaftlichen Bestandteile anwendet, aber zunächst plausibilisieren müssen. Eine solche Plausibilisierungsmöglichkeit ergibt sich ebenfalls aus dem Differenzenansatz: So können die gesamtwirtschaftlichen Bestandteile methodisch analog zu den netzwirtschaftlichen Bestandteilen bestimmt und das Ergebnis mit dem Verbraucherpreisindex verglichen werden. Zur Erinnerung: Da theoretisch gilt, dass

$$\Delta VPI = \Delta Preis^{Ges} - \Delta Prod^{Ges},$$

würden Abweichungen in den Ergebnissen darauf hindeuten, dass die gesamtwirtschaftlichen Bestandteile fehlerhaft

⁹ Bundesnetzagentur, Beschl. v. 21.2.2018 – Az. BK4-17-093, S. 17.

¹⁰ Wooldridge, Introductory Econometrics – A Modern Approach, 5. A., 2012, S. 454 ff.

Tabelle 1: Daten zur Berechnung der Produktivitätsentwicklung

Mengenvariable	Volkswirtschaftliche Gesamtrechnung: Gesamtwirtschaft	Datenerhebung Bundesnetzagentur: Netzwirtschaft
Erzeugung/Endprodukte („Output“)	Bruttoproduktionswert, preisbereinigt	Umsatzerlöse, Bestandsveränderungen und aktivierte Eigenleistungen (Preisbereinigung durch selbst gebildeten Deflator)
Produktionsfaktor („Input“) 1: Arbeit	Geleistete Arbeitsstunden der Arbeitnehmer	Gemeldete, geleistete Arbeitsstunden
Produktionsfaktor („Input“) 2: Vorleistungen	Vorleistungen, preisbereinigt	Aufwendungen für Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe + Aufwendungen für bezogene Leistungen + sonstige betriebliche Aufwendungen (Preisbereinigung durch selbst gebildete Deflatoren, siehe Tabelle 2)
Produktionsfaktor („Input“) 3: Kapital	Bruttoanlagevermögen, preisbereinigt	Bruttoanlagevermögen zu Tagesneuwerten 2010

Tabelle 2: Daten zur Berechnung der Einstandspreisentwicklung

Preisvariable	Volkswirtschaftliche Gesamtrechnung: Gesamtwirtschaft	Datenerhebung Bundesnetzagentur: Netzwirtschaft
Faktor- bzw. „Input“-Preis 1: Preis für Arbeit	Geleistetes Arbeitnehmerentgelt je Arbeitsstunde	Personalkosten je gemeldete geleistete Arbeitsstunde
Faktor- bzw. „Input“-Preis 2: Vorleistungen	Deflator der Vorleistungen (beschreibt Preise der Vorleistungsgüter)	Mischindex aus verschiedenen Preisindizes, welche die Preise der Kostenpositionen Aufwendungen für Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe + Aufwendungen für bezogene Leistungen + sonstige betriebliche Aufwendungen beschreiben, Beispiel: Preisindex für Erzeugerpreise gewerbliche Erzeugnisse, Gaspreise
Faktor- bzw. „Input“-Preis 3: Kapital	Preisindex von 1 (beschreibt Änderung der Anschaffungs- und Herstellungskosten, Annahme der Bundesnetzagentur: konstante Preise) Regulatorische Zinsen mit Beta-Faktor = 1 (Beschreibung der Fremd- und Eigenkapitalkosten)	Preisindex von 1 (beschreibt Änderung der Anschaffungs- und Herstellungskosten, Annahme der Bundesnetzagentur: konstante Preise) Regulatorische Zinsen (Beschreibung der Fremd- und Eigenkapitalkosten)

ermittelt wurden. Dies würde implizieren, dass die angewandte Methodik auch bei der Berechnung der netzwirtschaftlichen Bestandteile zu Fehlern führt.

Die Bundesnetzagentur hat jedoch von dieser Plausibilisierung abgesehen und behauptet, dass dies praktisch nicht möglich sei.¹¹

Dieses Argument ist jedoch nicht nachvollziehbar: Die Bundesnetzagentur hat die Daten zur Berechnung der netzwirtschaftlichen Bestandteile so erhoben, dass die Datenreihen der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung nachgebildet werden können (vgl. Tabellen 1 und 2). Sie hätte also einfach die Datenreihen für die Gesamtwirtschaft verwenden können, die sie versucht hat, für die Gasnetzwirtschaft nachzubilden. Die Berechnung der gesamtwirtschaftlichen Bestandteile stellt sich daher sogar einfacher dar als die der netzwirtschaftlichen Bestandteile. So lässt sich ein Preisindex zur Abbildung der Einstandspreise der Vorleistungen der Gesamtwirtschaft problemlos bestimmen, indem der Deflator der Vorleistungen des Statistischen Bundesamts herangezogen wird, während die Bundesnetzagentur diesen für die Netzwirtschaft mühsam anhand von untergeordneten Kostenpositionen der Vorleistungen der Netzbetreiber berechnet. Auch die Preisentwicklung des Produktionsfaktors Kapital hätte für die Gesamtwirtschaft problemlos analog zur Netzwirtschaft generiert werden können. Hier hatte die Bundesnetzagentur die regulatorische

Eigenkapitalverzinsung verwendet, die sich aus einem risikolosen Basiszins sowie einem industriespezifischen Risikoaufschlag zusammensetzt. Das industriespezifische Risiko im Vergleich zur Gesamtwirtschaft wird dabei durch den sog. Beta-Faktor beschrieben. Setzt man diesen auf eins, so erhält man eine Kapitalpreisentwicklung der Gesamtwirtschaft analog zum verwendeten regulatorischen Eigenkapitalzins der Netzwirtschaft.

Damit wäre eine separate Berechnung der gesamtwirtschaftlichen Bestandteile analog zum Vorgehen für die Gasnetzwirtschaft ohne Schwierigkeiten möglich gewesen. Dies war auch dem von der Bundesnetzagentur beauftragten Wissenschaftlichen Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste (WIK) bekannt, das für die österreichische Regulierungsbehörde den Xgen für die Stromverteilnetzbetreiber berechnet hat. Dabei haben die Gutachter die gesamtwirtschaftlichen Bestandteile separat bestimmt.¹²

Führt man die von der Bundesnetzagentur unterlassene Plausibilisierung durch, fällt auf, dass die methodisch analog zur Netzwirtschaft bestimmte gesamtwirtschaftliche Einstandspreis- und Produktivitätsentwicklung gemeinsam gerade nicht den Verbraucherpreisindex ergibt. Für die Gesamtwirtschaft

¹¹ Bundesnetzagentur, Beschl. v. 21.2.2018 – Az. BK4-17-093, S. 2.

¹² Stronzik/Wissner, Genereller Produktivitätsfaktor österreichischer Stromverteilnetzbetreiber, 2013.

ergeben sich hier eine Einstandspreisentwicklung von 0,06 % und eine Produktivitätsentwicklung von 0,16 %. Zusammengesetzt ergeben diese beiden Terme gemeinsam eine gesamtwirtschaftliche Endproduktpreisentwicklung von -0,1 %. Im Vergleich hierzu: Durch die Residualbetrachtung wird von einer gesamtwirtschaftlichen Endproduktpreisentwicklung von 1,35 % – dem Verbraucherpreisindex – ausgegangen. Die Anwendung der Methodik, die für die Netzwirtschaft verwendet wurde, führt also zu einer erheblichen Unterschätzung der gesamtwirtschaftlichen Endproduktpreisentwicklung um 1,46 %. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass vergleichbare Fehler auch für die Netzwirtschaft gemacht wurden und die Entwicklung der effizienten Kosten der Netzbetreiber insgesamt ebenfalls unterschätzt wurde.

Dies bedeutet konkret: Der wahre Xgen müsste bei wortlautgetreuer Anwendung der in § 9 Abs. 1 ARegV enthaltenen

Ermittlungsvorgabe deutlich unter dem von der Bundesnetzagentur bestimmten Wert von 0,49 % liegen.

VI. Fazit

Im Ergebnis wird es gerichtlich zu klären sein, ob die Abkehr vom Wortlaut des § 9 Abs. 1 ARegV durch die Anwendung der Residualmethode aus rechtlicher Sicht zulässig ist. Die bisherige Argumentation der Bundesnetzagentur, wonach es theoretisch ausreichend sei, wenn Fehler nur einseitig (also auf Seiten der gesamtwirtschaftlichen Bestandteile des Xgen) behoben werden, verfährt jedenfalls nicht. Denn insoweit hat schon der Verordnungsgeber mit der in § 9 Abs. 1 ARegV enthaltenen Vorgabe der separaten Ermittlung von vier Termen dieser Argumentation vorgebaut: Die separate Ermittlung soll gerade sicherstellen, dass sich (unvermeidbare) Fehler gegenseitig aufheben können.

Prof. Dr. Markus Ludwigs*

Gemeinwohlverfolgung und Regulierungsrecht vor neuen Herausforderungen?

Die gemeinwohlbezogene Regulierung in den Netzwirtschaften steht vor fundamentalen Herausforderungen. Sie reichen von der Infragestellung des normierenden Regulierungsansatzes im Energiesektor über eine mögliche Neuausrichtung des Verhältnisses von öffentlichem Recht und Privatrecht bei der Steuerung öffentlicher Unternehmen bis hin zum partiellen Abrücken vom Gemeinwohlgaranten Wettbewerb und der wachsenden Zerfaserung des Regelungsrahmens. Der Beitrag geht diesen aktuellen Problemkreisen nach und gibt erste Antworten auf hiermit verbundene Rechtsfragen.

I. Einführung und begriffliche Vergewisserung

Das Verhältnis von Gemeinwohlverfolgung und Regulierungsrecht zählt bereits heute zu den „Klassikern“ der noch immer jungen Rechtsmaterie. Es fungierte nicht nur als Rahmen des Bonner Symposiums der Wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht von 2015,¹ sondern bildete auch einen wichtigen Bestandteil der Staatsrechtslehrertagungen 2009 in Graz² und 2010 in Berlin³. Der konkrete Zugriff auf die Thematik wird maßgeblich durch das zugrunde gelegte Begriffsverständnis bestimmt. Ungeachtet des facettenreichen wissenschaftlichen Diskurses soll hier zum einen die enge, netzbezogene Perspektive von Regulierung eingenommen werden.⁴ Der Beitrag beschränkt sich also auf die Gemeinwohlverwirklichung in den vier Netzsektoren Energie, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen. Zum anderen ist von der prinzipiellen Offenheit des Gemeinwohlbegriffs auszugehen.⁵ Hiermit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass über den Inhalt von Gemeinwohlbelangen in einer Demokratie typischerweise unterschiedliche Vorstellungen herrschen.⁶ Der Staat und seine überstaatlichen Komplementärorganisationen verwirklichen das Gemeinwohl, indem sie ihr Handeln demokratisch auf die Wähler zurückführen.⁷ Daraus folgt zwangsläufig, dass gemeinwohlbezogene Regulierungsziele wie der Daten- und Verbraucherschutz oder die Förderung von Investitionen eine Kanalisierung des vielfach als

„Gemeinwohlgaranten“⁸ begriffenen Wettbewerbs bewirken und diesen bisweilen sogar zurückdrängen können.⁹

Nach dieser begrifflichen Vergewisserung soll es im Folgenden nicht um eine enumerative Aufzählung der vielfältigen Regulierungsziele gehen.¹⁰ Auch wird keine empirische Bestandsaufnahme der Wettbewerbsentwicklung auf den verschiedenen Märkten angestrebt.¹¹ Das Erkenntnisinteresse besteht vielmehr darin, nach neuen, strukturellen Herausforderungen einer gemeinwohlbezogenen Regulierung zu fragen. Dabei

* Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser am 11.9.2018 im Rahmen des 4. Symposiums der Wissenschaftlichen Vereinigung für das gesamte Regulierungsrecht in Regensburg gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten. Eine längere Fassung wird im Sammelband zur Tagung veröffentlicht. Für wertvolle Diskussionen bei der Vorbereitung des Vortrags dankt der Verfasser seiner Mitarbeiterin Claudia Hainthaler.

- 1 Dokumentiert in: Schmidt-Preuß/Körber (Hrsg.), Regulierung und Gemeinwohl, 2016.
- 2 Referate von Potacs und Kersten zur „Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe“ in: VVDStRL 69 (2010), 254 u. 288.
- 3 Referate von Hellermann und Durner zum „Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht“ in: VVDStRL 70 (2011), 366 u. 398.
- 4 Instrukтив Schmidt-Preuß, in: FS Kühne, 2009, S. 329, 330, wonach die netzbezogene Regulierung I von der den „systemisch-infrastrukturellen Ordnungsrahmen einer Volkswirtschaft“ adressierenden Regulierung II sowie der „jeden staatlichen Eingriff in das Marktgeschehen zur Erreichung von social-goals“ erfassenden Regulierung III zu unterscheiden ist; zum „schillernd[en]“ Charakter des Regulierungsbegriffs bereits Ruffert, AöR 124 (1999), 237, 241; zur „systembildenden Funktion“ vgl. Burgi, in: FS Battis, 2014, S. 329.
- 5 Gegen ein naturrechtlich geprägtes Gemeinwohlverständnis statt vieler Hatje, VVDStRL 69 (2010), 135, 140 f.
- 6 Potacs, VVDStRL 69 (2010), 254, 258.
- 7 Hatje, VVDStRL 69 (2010), 135, 137.
- 8 Prägnant zuletzt Kühling, in: FS Schmidt-Preuß, 2018, S. 671, 673.
- 9 Ähnlich Lepsius, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, 2010, § 19 Rn. 32.
- 10 Für eine systematisierende Analyse in sektorenübergreifender Perspektive vgl. Lepsius (Fn. 9), § 19 Rn. 1 ff., 9 ff., 32 ff., 54 ff.
- 11 Siehe insoweit Kühling (Fn. 8), S. 674 ff., 679 ff., 681 ff., 684 ff.; vgl. auch die jüngsten Sondergutachten Nr. 76 bis 79 (BT-Drs. 18/13290, 1; BT-Drs. 18/13680, 1; BT-Drs. 19/168, 271; BT-Drs. 19/169, 117) der Monopolkommission zu den vier Sektoren aus dem Jahr 2017.