Bundesnetzagentur

- Beschlusskammer 4 -

Az.: BK4-19-046A01

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren aufgrund des Antrags

der TransnetBW GmbH, Osloer Straße 15-17, 70173 Stuttgart, vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

vom 16.01.2023 auf Verlängerung der Genehmigungsdauer der nach § 23 Abs. 1 ARegV genehmigten Investitionsmaßnahme für das Projekt „Ersatzstandort Leitwarte"

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

durch ihren Vorsitzenden	Alexander Lüdtke-Handjery,
ihre Beisitzerin	Stefanie Scheuch
und ihren Beisitzer	Dr. Habibullah Qureischie

am 17.06.2024

beschlossen:

1. Die mit Beschluss BK4-19-046 vom 23.06.2020 erfolgte Genehmigung einer Investitionsmaßnahme für das Projekt „Ersatzstandort Leitwarte" (im Folgenden auch: Ausgangsbescheid) wird in Bezug auf Tenorziffer 2. gemäß § 29 Abs. 2 EnWG i.V.m. § 23 ARegV wie folgt geändert:

   Die Genehmigung und die Anpassung der Erlösobergrenze sind für die Anlagengüter, die bis zum 31.12.2021 bereits als Fertiganlagen (aktivierte Anlagengüter, deren kalkulatorische Abschreibungen unter Berücksichtigung des § 6 Abs. 5 S. 4 StromNEV im Jahr 2021 begonnen haben) im Anlagevermögen aktiviert worden sind, bis 31.12.2023 befristet. Für die Anlagengüter, die bis zum 31.12.2021 noch nicht als Fertiganlagen (Anlagen im Bau) im Anlagevermögen aktiviert worden sind sowie für die nach dem 31.12.2021 entstehenden Anschaffungs- und Herstellungskosten (Fertiganlagen und Anlagen im Bau), sind die Genehmigung und die Anpassung der Erlösobergrenze bis 31.12.2028 befristet.

2. Im Übrigen bleibt der Ausgangsbescheid unberührt und darüber hinaus mit Schreiben vom 16.01.2023 geltend gemachte Änderungsbegehren werden abgelehnt.

3. Eine Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.

G r ü n d e :

I.

Die Antragstellerin ist Betreiberin eines Elektrizitätsübertragungsnetzes mit Sitz in Baden-Württemberg.

Die Beschlusskammer hat mit Beschluss BK4-19-046 vom 23.06.2020 eine Investitionsmaßnahme für das Projekt „Ersatzstandort Leitwarte" genehmigt (im Folgenden auch: Ausgangsbescheid).

Mit Schreiben vom 16.01.2023 hat die Antragstellerin beantragt, die ursprünglich bis zum 31.12.2023 erteilte Genehmigung bis zum 31.12.2028 zu verlängern.

Im Rahmen der vorliegenden Investitionsmaßnahme seien bis zum 31.12.2021 noch nicht sämtliche Anlagengüter als Fertiganlagen im Anlagevermögen aktiviert worden.

Die Antragstellerin wurde mit Schreiben vom 07.05.2024 angehört. Sie hat mit Schreiben vom 29.05.2024 Stellung genommen.

Unter dem 31.05.2024 wurde der Beschlussentwurf gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG dem Bundeskartellamt und der Regulierungsbehörde des Landes Baden-Württemberg zur Stellungnahme übersandt. Das Bundeskartellamt und die Landesregulierungsbehörde haben von diesem Recht keinen Gebrauch gemacht.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Verfahrensakte verwiesen.

II.

Der Beschluss ist rechtmäßig. Er beruht auf einer rechtmäßigen Anwendung des nationalen Rechts auch vor dem Hintergrund der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 02.09.2021, C-718/18 (siehe unten A.). Eine Rechtsgrundlage für den Beschluss liegt vor (siehe unten B.). Der Beschluss ist formell und materiell rechtmäßig (siehe unten C. und D.).

A. Vollständige Anwendung des nationalen Rechts auch vor dem Hintergrund des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 02.09.2021, C-718/18

Mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben und zur Änderung weiterer energierechtlicher Vorschriften vom 22.12.2023 (BGBl. I 2023, Nr. 405 vom 28.12.2023) besteht eine unionsrechtskonforme Kompetenzverteilung zwischen Gesetz- bzw. Verordnungsgeber und der Regulierungsbehörde. Der Beschluss beruht daher auf einer rechtmäßigen Anwendung des nationalen Rechts auch vor dem Hintergrund der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 02.09.2021, C-718/18.

I. Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs

Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Entscheidung festgestellt, dass die normative Regulierung in Deutschland insgesamt mit der in Art. 37 Richtlinie 2009/72/EG (heute Art. 59 Richtlinie (EU) 2019/944) sowie in Art. 41 Richtlinie 2009/73/EG geregelten ausschließlichen Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde unvereinbar ist und die Richtlinien insoweit durch die Bundesrepublik Deutschland nicht bzw. fehlerhaft umgesetzt wurden. Insoweit hat der Europäische Gerichtshof der vierten Rüge stattgegeben, mit der die Kommission Deutschland vorgeworfen hatte, es habe die in den Richtlinien vorgesehenen ausschließlichen Zuständigkeiten der nationalen Regulierungsbehörde verletzt, indem es im deutschen Recht die Bestimmung der Methoden zur Berechnung oder Festlegung der Bedingungen für den Anschluss an und den Zugang zu den nationalen Netzen, einschließlich der anwendbaren Tarife, der Bundesregierung und nicht der nationalen Regulierungsbehörde zugewiesen habe.

II. Gesetzesreform und Übergangsregelung

Mit Inkrafttreten der EnWG-Novelle am 29.12.2023 hat der Gesetzgeber das Urteil des EuGH vom 02.09.2021 nunmehr auch hinsichtlich dieses vierten Klagegrundes umgesetzt und insbesondere die Zuständigkeiten bei der Ausgestaltung der Netzzugangs- und Netzentgeltregulierung an die unionsrechtlichen Vorgaben angepasst. Damit hat die Regulierungsbehörde mit Zuweisung der ausschließlichen Kompetenz für die Bestimmung der Methoden zur Berechnung oder Festlegung der Bedingungen für den Anschluss an und den Zugang zu den nationalen Netzen die nach den unionsrechtlichen Bestimmungen erforderliche Unabhängigkeit erlangt.

Die Verordnungsermächtigung des § 24 EnWG a.F. wurde aufgehoben, ebenso wie § 21a EnWG a.F. Beide Regelungen wurden durch Festlegungskompetenzen der Regulierungsbehörde ersetzt. Dabei wurden die bisher in den betroffenen Rechtsverordnungen enthaltenen Festlegungskompetenzen in das EnWG überführt und ergänzt.

Die nach § 21a und § 24 EnWG a.F. erlassenen Rechtsverordnungen treten nach Ablauf einer Übergangszeit außer Kraft, vgl. Art. 15 Abs. 2 bis 6 des Gesetzes zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben. Der Zeitpunkt des Außerkrafttretens

entspricht dem Ablauf der vierten Regulierungsperiode im Gassektor (31.12.2027) und Stromsektor (31.12.2028).

In der Übergangszeit wurde der Regulierungsbehörde u.a. gemäß § 21 Abs. 3 S. 5 und § 21a Abs. 3 S. 3 EnWG n.F. einerseits eine Abweichungskompetenz übertragen. Andererseits ermöglicht die Übergangszeit, ein über fast 20 Jahre schrittweise entstandenes normatives Regulierungsrecht, inklusive der dazugehörigen Anwendungs- und Auslegungspraxis, jedenfalls für die Zeit bis zum Außerkrafttreten der Verordnungsregelungen zum Ablauf der vierten Regulierungsperiode fortzuführen. Laut Gesetzgeber sollen hierdurch die für ausreichende Rechts-, Planungs- und Investitionssicherheit wichtige materielle Stabilität des Regulierungsrahmens gewährleistet und bruchartige Entwicklungen in der Rechtsanwendung vermieden werden (vgl. BT-Drs. 20/7310, S. 52).

III. Interessenabwägung

Nach Art. 17 des Gesetzes zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben bleiben die auf Basis der bisher in § 21a und § 24 EnWG a.F. erlassenen Verordnungen für eine Übergangszeit weiterhin in Kraft. An diesem Regelwerk zur Entgeltregulierung hält die Bundesnetzagentur zur Aufrechterhaltung eines transparenten, vorhersehbaren und verlässlichen Regulierungsrahmens grundsätzlich fest. Sie sieht vorliegend insbesondere von einer Anwendung der Abweichungskompetenz nach § 21 Abs. 3 S. 5 und § 21a Abs. 3 S. 3 EnWG ab. Einen materiellen Widerspruch zu maßgeblichen Vorgaben des Europäischen Rechts hat der EuGH in seiner Entscheidung vom 02.09.2021 nicht festgestellt und erkennt auch die Beschlusskammer nicht.

Ein Kernstück des national etablierten Regulierungssystems sind die fünfjährigen Regulierungsperioden im Anreizregulierungs- und Netzentgeltbereich. Für die Dauer einer bereits laufenden Regulierungsperiode ist es essentiell, dass der Rechtsrahmen für die gesamte Periode möglichst stabil bleibt. Rechtsänderungen während einer laufenden Regulierungsperiode sind mit Diskontinuität und Rechtsunsicherheit verbunden, die gerade durch Übergangsregelungen zur Weitergeltung der materiell europarechtskonformen Vorgaben vermieden werden können. Darüber hinaus erschwert eine unklare Rechtslage im Übergangszeitraum die notwendigen Investitionen in die Energieversorgungsnetze und führt zu Unsicherheiten nicht nur für die regulierten Unternehmen, sondern auch für die sonstigen Marktteilnehmer.

Des Weiteren verlangen die Richtlinien, dass zumindest die Methoden zur Berechnung oder Festlegung der Bedingungen u.a. für den Netzanschluss und den Netzzugang „mit ausreichendem Vorlauf vor deren Inkrafttreten" festgelegt oder genehmigt werden, vgl. Art. 41 Abs. 6 der Richtlinie 2009/73/EG und Art. 59 Abs. 7 der Richtlinie (EU) 2019/944. Auch würden substantielle Abweichungen vom etablierten Regulierungsrahmen zu starken Verzögerungen der laufenden, an die Erlösobergrenze anknüpfenden und weiterer nach den Rechtsverordnungen vorgesehenen Verfahren führen. Die Festsetzung neuer Regelungen durch die Regulierungsbehörde in einem transparenten und möglichst umfassenden Konsultationsprozess dürfte einige Zeit in Anspruch nehmen. Laufende Verfahren bspw. zur Festlegung der Erlösobergrenze für die vierte Regulierungsperiode könnten sich um Jahre verzögern. Diese Gesichtspunkte wären mit den Richtlinienvorgaben, den Zielsetzungen des Energiebinnenmarkts und mit rechtsstaatlichen Grundsätzen schwerlich vereinbar.

B. Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für den Beschluss ist § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG i.V.m. § 23 ARegV.

C. Formelle Rechtmäßigkeit des Änderungsbeschlusses

Als Ausgangsbehörde ist die Bundesnetzagentur auch für den Änderungsbeschluss zuständig.

Der Antragstellerin wurde gemäß § 67 Abs. 1 EnWG die Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Dem Bundeskartellamt sowie der zuständigen Regulierungsbehörde des Landes Baden-Württemberg wurde gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

D. Änderungsbeschluss gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG i.V.m. § 23 ARegV

Die Voraussetzungen für einen Änderungsbeschluss gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG i.V.m. § 23 ARegV liegen im Hinblick auf die Anlagengüter, die bis zum 31.12.2021 noch nicht als Fertiganlagen im Anlagevermögen (Anlagen im Bau) aktiviert worden sind sowie für die nach dem 31.12.2021 entstehenden Anschaffungs- und Herstellungskosten (Fertiganlagen und Anlagen im Bau), vor. Gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG ist die Regulierungsbehörde befugt, die nach § 29 Abs. 1 EnWG von ihr festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden nachträglich zu ändern, soweit dies erforderlich ist, um sicherzustellen, dass sie weiterhin den Voraussetzungen für eine Festlegung oder Genehmigung genügen.

Bei dem Ausgangsbescheid handelt es sich um eine Genehmigung im Sinne des § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG, die aufgrund der Regelung des § 23 ARegV, einer Rechtsverordnung nach § 21a Abs. 6 EnWG, getroffen wurde.

Die Änderung ist auch erforderlich, um die Voraussetzungen für die erteilte Genehmigung nach § 23 ARegV weiterhin sicherzustellen. Die Änderung einer Entscheidung gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG ist insbesondere möglich, wenn sich entweder die Sachlage aufgrund nachträglich eingetretener Tatsachen geändert hat, eine nachträgliche Änderung der Rechtslage erfolgt ist oder sich die Einschätzung der Regulierungsbehörde etwa aufgrund neuer Erkenntnisse geändert hat (Britz in: Britz/Hellermann/Hermes EnWG § 29 Rdnr. 20).

Vorliegend sind noch nicht sämtliche Anlagengüter der genehmigten Investitionsmaßnahme bis zum Ende des Basisjahres für die folgende Regulierungsperiode (31.12.2021) als Fertiganlagen (aktivierte Anlagengüter, deren kalkulatorische Abschreibungen unter Berücksichtigung des § 6 Abs. 5 S. 4 StromNEV im Basisjahr begonnen haben) im Anlagevermögen aktiviert worden.

Die bis zum 31.12.2021 noch nicht als Fertiganlagen aktivierten Anlagengüter (Anlagen im Bau) sowie die nach dem 31.12.2021 entstehenden Anschaffungs- und Herstellungskosten (Fertiganlagen und Anlagen im Bau) finden im Ausgangsniveau der Erlösobergrenze der vierten Regulierungsperiode keine Berücksichtigung. Daher ist die Verlängerung der Genehmigungsdauer in Bezug auf diese Anlagengüter erforderlich.

Anlagengüter der genehmigten Investitionsmaßnahme, die bis zum 31.12.2021 als Fertiganlagen im Anlagevermögen aktiviert wurden, sind dagegen bereits im Ausgangsniveau der Erlösobergrenze der vierten Regulierungsperiode vollständig berücksichtigt, sodass es insofern keiner Sonderbehandlung im Rahmen einer Investitionsmaßnahme mehr bedarf. Die dahin-

gehend beantragte Änderung des Ausgangsbescheids ist nicht erforderlich, um die Voraussetzungen für die erteilte Genehmigung nach § 23 ARegV weiterhin sicherzustellen und erfüllt damit nicht die Voraussetzungen des § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG.

E. Änderungsermessen

Die vorliegende Änderung erfolgt im Rahmen des der Regulierungsbehörde gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG eingeräumten Ermessens und dabei insbesondere unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Da die Genehmigungen von Investitionsmaßnahmen in der Regel vor der ersten Kostenwirksamkeit erteilt werden, ist zu dem Zeitpunkt die zukünftig stattfindende genaue Projektausführung und Aktivierung von Sachanlagevermögen nicht mit absoluter Sicherheit vorherzusagen. Ein öffentliches Interesse am Fortbestand der nicht mehr der aktuellen Sachlage entsprechenden Genehmigung ist vorliegend auch nicht ersichtlich. Für eine Änderung spricht vor allem das überwiegende öffentliche Interesse an einer Anpassung der Genehmigung an die tatsächliche Sachlage. Nach Abwägung aller derzeit bekannten Tatsachen wird der Ausgangsbescheid daher in dem sich aus dem Tenor ergebenden Umfang geändert.

Hinsichtlich derjenigen Anlagengüter, die bis zum 31.12.2021 noch nicht als Fertiganlagen im Anlagevermögen (Anlagen im Bau) aktiviert worden sind sowie für die nach dem 31.12.2021 entstehenden Anschaffungs- und Herstellungskosten (Fertiganlagen und Anlagen im Bau), wird die Genehmigungsdauer bis zum 31.12.2028 verlängert. Im Übrigen wird eine Verlängerung der Genehmigungsdauer abgelehnt.

Diese Vorgehensweise beruht auf folgenden Erwägungen: In der geltenden Anreizregulierung verhält es sich grundsätzlich so, dass Investitionen frühestens zum nächsten Basisjahr im Ausgangsniveau als Basis für die Festlegung der Erlösobergrenze der darauffolgenden Regulierungsperiode Berücksichtigung finden können. Je nachdem, zu welchem Zeitpunkt eine Investition getätigt wird, kommt es zu Verzögerungen im Hinblick auf die Berücksichtigung der zugehörigen Investitionskosten im nächsten Ausgangsniveau.

Vor diesem Hintergrund dient das Instrument der Investitionsmaßnahme – im Interesse des Netzbetreibers – dazu, dass die Kosten für bestimmte Investitionen ausnahmsweise ohne Zeitverzug in der Erlösobergrenze angesetzt werden können. Auf Grundlage der Investitionsmaßnahmengenehmigung wird daher – nach Maßgabe der jeweiligen Genehmigung – die Anpassung der Erlösobergrenze während der laufenden Regulierungsperiode gestattet.

Dieser Bedarf besteht für solche Anlagengüter, die bis zum 31.12.2021 als Fertiganlagen im Anlagevermögen aktiviert werden konnten, nicht mehr. Vielmehr entspricht es dem Charakter der Investitionsmaßnahme als Ausnahmerefinanzierungstatbestand, dass diese in das allgemeine Refinanzierungsregime der Erlösobergrenze überführt werden. Die durch die Investitionsmaßnahme gewährte „Zwischenfinanzierung" ist für diese Anlagengüter nicht länger geboten.

Da es sich bei dem Instrument der Investitionsmaßnahme um eine Ausnahmeregelung vom generellen Budgetprinzip der Anreizregulierung handelt, ist über die Dauer der Investitionsmaßnahmengenehmigungen im Interesse der Allgemeinheit restriktiv zu entscheiden.

Die zeitliche Begrenzung von Investitionsmaßnahmen dient dem gesetzlichen Ziel aus § 1 Abs. 1 EnWG, die Kosten für die Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas möglichst preisgünstig zu halten. Der Geltungszeitraum einer Investitionsmaßnahmengenehmigung bestimmt maßgeblich die Gesamtkosten mit, die der Antragsteller als Zwischenfinanzierung erhält. Diese Gesamtkosten sind bei genehmigten Investitionsmaßnahmen höher als

in der regulären Refinanzierung über die Erlösobergrenze. Da Kosten aus genehmigten Investitionsmaßnahmen gemäß § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 ARegV als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten gelten, sind sie während der Genehmigungsdauer dem Effizienzvergleich entzogen. Zum Schutz der Interessen der Netznutzer ist es daher geboten, die Genehmigungsdauer sachgerecht zu begrenzen und die Investitionskosten bereits im Anlagevermögen aktivierter Anlagengüter zügig einer Effizienzkontrolle zuzuführen. Der Verordnungsgeber ist bei der Einführung der Investitionsmaßnahmen davon ausgegangen, dass Investitionsmaßnahmen zunächst nur für eine Regulierungsperiode genehmigt werden und die entsprechenden Kosten spätestens in der zweiten Regulierungsperiode dem Effizienzvergleich unterliegen, damit es zum Schutz der Interessen der Verbraucher bei einer zügigen Effizienzkontrolle bleibt.[1]

Ein berechtigtes Interesse oder gar ein schützenswertes Vertrauen der Antragstellerin auf die Gewährung eines über den 31.12.2023 hinausgehenden Genehmigungszeitraums für bereits zum 31.12.2021 als Fertiganlagen im Anlagevermögen aktivierte Anlagengüter ist zum jetzigen Zeitpunkt nicht erkennbar. Anlagengüter der genehmigten Investitionsmaßnahme, die bis zum 31.12.2021 im Anlagevermögen aktiviert wurden, werden im Ausgangsniveau der Erlösobergrenze der vierten Regulierungsperiode vollständig berücksichtigt, sodass es insofern keiner Sonderbehandlung im Rahmen einer Investitionsmaßnahme mehr bedarf.

Die Anpassung der Erlösobergrenze hat auf Basis des Ausgangsbescheides, in der Fassung, die er durch den vorliegenden Änderungsbeschluss erfahren hat, zu erfolgen.

F. Kosten

Hinsichtlich der Kosten ergeht ein gesonderter Bescheid nach § 91 EnWG.

---

[1] BR-Drs. 860/11 S. 10f.

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diesen Beschluss kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist bei dem Beschwerdegericht, dem Oberlandesgericht Düsseldorf (Hausanschrift: Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf), einzureichen.

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 Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

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

[redacted]

Alexander Lüdtke-Handjery	Stefanie Scheuch	Dr. Habibullah Qureischie
Vorsitzender	Beisitzerin	Beisitzer