



- Beschlusskammer 4 -

Az.: BK4-22-018A01

**Beschluss**

In dem Verwaltungsverfahren aufgrund des Antrags

der 50Hertz Transmission GmbH, Heidestraße 2, 10557 Berlin, vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

vom 07.03.2024 auf Anpassung der Genehmigungsdauer der nach § 23 Abs. 1 ARegV genehmigten Investitionsmaßnahme für das Projekt „Netzanschluss Industriegebiet Eulenberg“

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

durch ihren Vorsitzenden Alexander Lüdtké-Handjery

ihre Beisitzerin Stefanie Scheuch

und ihren Beisitzer Dr. Habibullah Qureischie

am 26.09.2024

beschlossen:

1. Die mit Beschluss BK4-22-018 vom 08.05.2023 erfolgte Genehmigung einer Investitionsmaßnahme für das Projekt „Netzanschluss Industriegebiet Eulenberg“ (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 befristet bis 31.12.2023.

2. Im Übrigen bleibt der Ausgangsbescheid unberührt.
3. Eine Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.

## **G r ü n d e :**

### **I.**

Die Antragstellerin ist Betreiberin eines Elektrizitätsübertragungsnetzes mit Sitz in Berlin.

Die Beschlusskammer hat mit Beschluss BK4-22-018 vom 08.05.2023 eine Investitionsmaßnahme für das Projekt „Netzanschluss Industriegebiet Eulenberg“ genehmigt (im Folgenden auch: Ausgangsbescheid).

Mit Schreiben vom 07.03.2024 hat die Antragstellerin sinngemäß beantragt, die ursprünglich bis zum 31.12.2028 erteilte Genehmigung bis zum 31.12.2023 zu befristen, da die regulatorische Kostenanerkennung für dieses Projekt ab dem 01.01.2024 über den Kapitalkostenaufschlag stattfinden solle.

Die Antragstellerin wurde mit Schreiben vom 31.05.2024 angehört. Sie hat mit Schreiben vom 13.06.2024 Stellung genommen.

Dem Bundeskartellamt sowie der zuständigen Behörde des Landes Berlin wurde jeweils unter dem 13.09.2024 gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

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.).

### **1. 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. Ordnungsgeber 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.

## **2. Rechtsgrundlage**

Rechtsgrundlage für den Änderungsbeschluss ist § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG in Verbindung mit § 23 ARegV.

## **3. 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 Behörde des Landes Berlin wurde gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

#### **4. 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 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. § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG soll ausweislich der Gesetzesbegründung sicherstellen, dass die festgelegten oder genehmigten Bedingungen weiterhin angemessen sind und nichtdiskriminierend angewendet werden.<sup>1</sup> Die Regulierungsbehörde wird in den Stand versetzt, auf den Eintritt neuer tatsächlicher und rechtlicher Entwicklungen nach Erlass der Entscheidung zu reagieren und für die Effektivität der Regulierung zu sorgen. Der Normzweck des § 29 Abs. 2 EnWG besteht damit in der Gewährleistung notwendiger Flexibilität, um die Bedingungen und Methoden an veränderte Umstände anpassen zu können.

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 hat sich die Sachlage dahingehend geändert, dass die Beschlusskammer mit Beschluss vom 17.01.2024 Regelungen für die Bestimmung des kalkulatorischen Eigenkapitalzinssatzes für Neuanlagen im Kapitalkostenaufschlag getroffen hat. Auf Basis dieser neuen Erkenntnisse hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 07.03.2024 mitgeteilt, dass sie das vorliegende Projekt mit Wirkung zum 01.01.2024 in den Kapitalkostenaufschlag überführen möchte.

#### **5. 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.

Nach Abwägung aller Tatsachen und Interessen erscheint es geboten, die Genehmigung rückwirkend antragsgemäß anzupassen. Für die der Investitionsmaßnahme zugrunde liegenden Anlagegüter darf nach § 35 Abs. 6 S. 3 ARegV bis zum Ablauf der Wirksamkeit der Genehmigung der Investitionsmaßnahme kein weiterer Kapitalkostenaufschlag genehmigt werden. Die Anpassung der Finanzierungsbedingungen im Rahmen des Kapitalkostenaufschlags erfolgte mit Beschluss vom 17.01.2024 und damit nach

---

<sup>1</sup> BT-Drucks. 15/3917, S. 62.

Antragstellung und Genehmigung der vorliegenden Maßnahme. Zum Zeitpunkt der Antragstellung konnte die Antragstellerin die geänderten Rahmenbedingungen bei der Ausübung des ihr zustehenden Wahlrechts für eine Finanzierung des Projekts über die Investitionsmaßnahme oder über den Kapitalkostenaufschlag nicht berücksichtigen.

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.

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

## **6. Kosten**

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

### **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).

Alexander Lüdtké-Handjery

Stefanie Scheuch

Dr. Habibullah Qureischie

Vorsitzender

Beisitzerin

Beisitzer