



– **Beschlusskammer 4** –

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren nach §§ 118 Abs. 46, 29 Abs. 1 EnWG hinsichtlich der Festlegung eines Anspruchs auf Weitergeltung der Vereinbarung individueller Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 S. 2 bis 4 StromNEV

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

durch

den Vorsitzenden Alexander Lüdtke-Handjery

den Beisitzer Rainer Busch

die Beisitzerin Stefanie Scheuch

am 14.09.2022 im Wege der vorläufigen Anordnung gemäß § 72 EnWG beschlossen:

1. Für Unternehmen die im Zusammenhang mit erheblich reduzierten Gesamtimportmengen nach Deutschland ihre Produktion aufgrund einer Verminderung ihres Gasbezuges reduzieren, wird ein Anspruch auf Weitergeltung der Vereinbarung individueller Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 S. 2 bis 4 StromNEV aus dem Kalenderjahr 2021 für das Kalenderjahr 2022 unter den Voraussetzungen des § 118 Abs. 46 Nrn. 1 bis 3 EnWG festgelegt.
2. Bei der Ermittlung des physikalischen Pfades nach dem Beschluss BK4-13-739 vom 11.12.2013 hinsichtlich der sachgerechten Ermittlung individueller Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV ist abweichend von Ziffer 1. auf das Jahr 2022 abzustellen.

3. Der unter Ziffer 1. begünstigte Letztverbraucher hat seinen verminderten Bezug von Gas gegenüber dem Netzbetreiber nachzuweisen, indem er
 - a. eine nachvollziehbare Aufstellung der getroffenen Maßnahmen in seiner Produktion erstellt, welche dazu geeignet sind, eine signifikante Bezugsreduktion von Gas zu bewirken;
 - b. eine Prognoserechnung der zu erwartenden Verbrauchsreduktion von Gas bis zum Ende des Kalenderjahres erstellt, welche auf den getroffenen Maßnahmen basieren;
 - c. mit Ablauf des ersten Monats nach Beginn der angezeigten Einsparmaßnahmen eine Gegenüberstellung des derzeitigen Gasverbrauchs zu den Verbrauchswerten des Vorjahres erstellt
4. Die vorläufige Anordnung in Tenorziffern 1 bis 3 tritt außer Kraft, sobald die Entscheidung der Beschlusskammer in der Hauptsache in Kraft tritt.
5. Eine Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.

Gründe

I.

Durch „Artikel 1 - Gesetz zur Bereithaltung von Ersatzkraftwerken zur Reduzierung des Gasverbrauchs im Stromsektor im Fall einer drohenden Gasmangellage durch Änderungen des Energiewirtschaftsgesetzes und weiterer energiewirtschaftlicher Vorschriften (GasVReG)“¹ wurde § 118 Abs. 46 EnWG vor dem Hintergrund der aktuellen Gasversorgungslage in das EnWG eingefügt und ist am 01.08.2022 in Kraft getreten. Hierdurch wird die Regulierungsbehörde ermächtigt, für Unternehmen, die im Zusammenhang mit erheblich reduzierten Gesamtimportmengen nach Deutschland ihre Produktion aufgrund einer Verminderung ihres Gasbezuges reduzieren, durch Festlegung nach § 29 Abs. 1 EnWG zu bestimmen, dass für das Kalenderjahr 2022 ein Anspruch auf Weitergeltung der Vereinbarung individueller Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 S. 2 bis 4 der Stromnetzentgeltverordnung (StromNEV) besteht.

Wird im Fall einer Festlegung nach Satz 1 der Anspruch geltend gemacht, ist gemäß § 118 Abs. 46 S. 2 EnWG für die tatsächliche Erfüllung der Voraussetzungen eines solchen individuellen Netzentgeltes auf das Kalenderjahr 2021 abzustellen.

Die Ermächtigungsgrundlage betrifft den Anspruch auf ein individuelles Netzentgelt nach § 19 Abs. 2 S. 2-4 StromNEV. Hiernach haben besonders stromintensive Letztverbraucher einen Anspruch auf ein individuelles Netzentgelt, wenn die Stromabnahme aus dem Netz der allgemeinen Versorgung für den eigenen Verbrauch an einer Abnahmestelle pro Kalenderjahr sowohl die Benutzungsstundenzahl von mindestens 7 000 Stunden im Jahr erreicht als auch der Stromverbrauch an dieser Abnahmestelle pro Kalenderjahr zehn Gigawattstunden übersteigt. Das individuelle Netzentgelt nach Satz 2 beträgt bei einer Stromabnahme aus dem Netz der allgemeinen Versorgung für den eigenen Verbrauch an einer Abnahmestelle von mehr als zehn Gigawattstunden pro Kalenderjahr nicht weniger als 20 Prozent des veröffentlichten Netzentgeltes, im Falle einer Benutzungsstundenzahl von mindestens 7 000 Stunden im Jahr, nicht weniger als 15 Prozent des veröffentlichten Netzentgeltes, im Falle einer Benutzungsstundenzahl von mindestens 7 500 Stunden im Jahr oder 10 Prozent des veröffentlichten Netzentgeltes, im Falle einer Benutzungsstundenzahl von mindestens 8 000 Stunden im Jahr.

Die Bundesnetzagentur hat erstmals mit Beschluss BK4-12-1656 vom 05.12.2012 bundeseinheitliche Regeln zur sachgerechten Ermittlung individueller Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 S. 1 StromNEV festgelegt. Dabei wurde insbesondere geregelt, unter welchen Voraussetzungen Letztverbraucher, die ein atypisches Netznutzungsverhalten aufweisen, einen Anspruch auf ein reduziertes Netzentgelt geltend machen können. Gegenstand der getroffenen Festlegung waren im Wesentlichen die in der Verwaltungspraxis der davorliegenden Jahre entwickelten Kriterien zur sachgerechten Ermittlung eines dem besonderen Nutzungsverhalten von Letztverbrauchern mit atypischer oder besonders hoher und gleichmäßiger Netznutzung angemessenen Rechnung tragenden Entgelts. Mit der getroffenen Festlegung wurde im Wesentlichen die sich seit dem Jahr 2008 gebildete Verwaltungspraxis weiter fortgeschrieben. Die Höhe der zu zahlenden Netzentgelte ist dabei nach den Vorgaben der Festlegung grundsätzlich auf Basis der Methode des physikalischen Pfades zur nächstgelegenen geeigneten Erzeugungsanlage zu ermitteln. Ferner wurde allgemein verbindlich das Genehmigungsverfahren durch das Anzeigeverfahren gem. § 19 Abs. 2 S. 7 StromNEV abgelöst. Die Festlegung wurde zuletzt mit Beschluss BK4-13-739A02 vom 29.11.2017 angepasst.

¹ BGBl. I S. 1054 (Nr. 24) vom 08.07.2022.

Die vom Gesetzgeber bezweckte Sonderregelung ist im Unterschied zu der ähnlich gelagerten Regelung des § 32 Abs. 10 StromNEV (Weitergeltung von Vereinbarungen über individuelle Netzentgelte für das Kalenderjahr 2020 aufgrund der Covid-19-Pandemie) nicht als Verordnungsänderung, sondern mittels Ermächtigungsgrundlage für die Bundesnetzagentur im EnWG angelegt. Hierdurch kann die Bundesnetzagentur auf Grundlage des § 29 Abs. 1 EnWG im Wege einer Festlegung tätig werden. Hintergrund ist das Urteil des Europäischen Gerichtshof (EuGH) vom 02.09.2021 (C-718/18). Der Gesetzgeber selber setzt folglich keine normativen Regelungen in der StromNEV fest.

Durch Mitteilung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur am 07.09.2022 und im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 17/2022 hat die Beschlusskammer die Einleitung des Verfahrens nach veröffentlicht.

Die Landesregulierungsbehörden wurden erstmalig im Rahmen der Sitzung des Arbeitskreises Netzentgelte vom 25.08.2022 über die geplante Einleitung eines Verfahrens zur Festlegung eines Anspruchs auf Weitergeltung von Vereinbarung über individuelle Netzentgelte und die in Betracht gezogene Möglichkeit einer einstweiligen Anordnung in Kenntnis gesetzt.

Mit Mitteilung vom 07.09.2022 wurde dem Bundeskartellamt und den Landeregulierungsbehörden aller Bundesländer gemäß § 58 Abs. 1 S. 3 EnWG die Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben.

Wegen der 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 unter 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

Die Beschlusskammer hat in rechtmäßiger Weise die Vorgaben des nationalen Rechts in Form der normativen Regulierung, soweit diese im vorliegenden Verfahren Anwendung finden und von der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (Urteil vom 02.09.2021, C-718/18) erfasst werden, für ihre Entscheidung herangezogen. Als „normative Regulierung“ werden im Allgemeinen solche Regeln des nationalen Gesetz- und Verordnungsgebers (z.B. in StromNEV, GasNEV und ARegV) bezeichnet, die konkrete methodische und materielle Vorgaben für die Regulierung durch die Bundesnetzagentur enthalten. Die Pflicht zur Anwendung dieser nationalen Vorgaben folgt aus Art. 20 Abs. 3 GG und gilt auch angesichts der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs fort, bis sie vom Gesetz- bzw. Verordnungsgeber außer Kraft gesetzt oder neu geregelt werden. Dies hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden.²

² BGH, Beschluss vom 08.10.2019, EnVR 58/18, Rn. 60 ff., siehe auch OLG Düsseldorf vom 11.02.2021, VI-5 Kart 10/19 [V], S. 10 ff., OLG Düsseldorf vom 28.04.2021, VI-3 Kart 798/19 [V], S. 72 ff., OLG Schleswig vom 11.01.2021, 53 Kart 1/18, S. 27 ff.

1. Der Europäische Gerichtshof hat zwar 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 NRB 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 zugewiesen habe. Der Europäische Gerichtshof hat hervorgehoben, dass die völlige Unabhängigkeit der NRB notwendig ist, um zu gewährleisten, dass sie gegenüber Wirtschaftsteilnehmern und öffentlichen Einrichtungen unparteiisch und nichtdiskriminierend handeln. Ferner hat er darauf hingewiesen, dass die mitgliedstaatliche Verfahrensautonomie unter Beachtung der in den Richtlinien festgelegten Ziele und Pflichten auszuüben ist. Insbesondere sind die Tarife und Berechnungsmethoden für den inländischen und den grenzüberschreitenden Handel auf der Grundlage einheitlicher Kriterien festzulegen, wie sie in den Richtlinien vorgesehen und in weiteren Rechtssetzungsakten der Union vorgegeben sind. In Erwiderung auf das Argument Deutschlands, § 24 des Energiewirtschaftsgesetzes sei gesetzgeberischer Natur, hat der Europäische Gerichtshof hervorgehoben, dass die Arbeitsweise der Union auf dem Grundsatz der repräsentativen Demokratie beruht und auch Richtlinien im Gesetzgebungsverfahren erlassen werden. Ferner hat der Europäische Gerichtshof festgestellt, dass das Demokratieprinzip dem nicht entgegensteht, dass es außerhalb des klassischen hierarchischen Verwaltungsaufbaus angesiedelte, von der Regierung mehr oder weniger unabhängige öffentliche Stellen gibt.

2. Der Europäische Gerichtshof hat aber weder über die Zuständigkeitsfragen hinausgehend einen materiell-rechtlichen Verstoß einzelner Vorgaben der normativen Regulierung gegen EU-Recht gerügt, noch hat er sich ausdrücklich zu der Frage geäußert, ob die normative Regulierung bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der nationale Gesetz- und Verordnungsgeber den festgestellten Verstoß beseitigt, weiter anwendbar ist.

3. Die Regelungen der normativen Regulierung sind nicht nichtig. Weder nach den Grundsätzen des europäischen Rechts noch nach nationalem Recht führt der Verstoß einer nationalen Regelung gegen Unionsrecht zu deren Nichtigkeit.³ Vielmehr sind die Grundsätze des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts vor nationalem Recht zu beachten. Zudem scheidet eine richtlinienkonforme Auslegung der Vorschriften der normativen Regulierung aus. Der Europäische Gerichtshof sieht zwar in den bindenden Vorgaben der normativen Regulierung eine mit den oben genannten Richtlinien unvereinbare Beschränkung der ausschließlichen Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde. Eine Umdeutung der nationalen Vorgaben in nicht bindende Programmsätze, die die ausschließliche Zuständigkeit der Regulierungsbehörde nicht beeinträchtigen, kommt angesichts des eindeutigen Wortlauts, der Systematik und des Regelungszwecks der Vorschriften der normativen Regulierung jedoch nicht in Betracht.⁴ Der Grundsatz vom Anwendungsvorrang des Unionsrechts führt indes nicht dazu, die Vorschriften der normativen Regulierung unangewendet zu lassen. Der Anwendungsvorrang besagt, dass eine nationale Regelung, die mit einer unmittelbar geltenden Regelung des Unionsrechts unvereinbar ist, von nationalen Behörden und Gerichten nicht angewendet werden darf.⁵ Dieser Grundsatz gilt jedoch nur, soweit unmittelbar anwendbares Unionsrecht betroffen ist.⁶ Die normative Regulierung verstößt nicht gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht. Die hier maßgeblichen Richtlinienbestimmungen über die ausschließliche Zuständigkeit der nationalen Regu-

³ BGH, Beschluss vom 08.10.2019, EnVR 58/18, Rn. 61 ff.

⁴ Verbot der contra legem-Auslegung, BGH, Beschluss vom 08.10.2019, EnVR 58/18, Rn. 66 ff.

⁵ vgl. Streinz, EUV, 3. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 40; Ruffert, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV, Rn. 69 f.

⁶ EuGH, Urteil vom 24.06.2019, C-573/17, Rn. 62.

lierungsbehörde, mit denen die Vorgaben der normativen Regulierung unvereinbar sind, sind nicht unmittelbar anwendbar.

4. Damit eine Richtlinienbestimmung unmittelbar angewendet werden kann, müssen spezifische Voraussetzungen vorliegen.⁷ Der Europäische Gerichtshof geht von der unmittelbaren Anwendbarkeit einer nicht oder nicht ordnungsgemäß umgesetzten Richtlinienbestimmung nach Ablauf der Umsetzungsfrist aus, wenn die Bestimmung hinreichend genau und inhaltlich unbedingt ist. Zudem können die Bestimmungen einer Richtlinie grundsätzlich nur Rechte, aber keine Pflichten eines Einzelnen begründen (sog. Belastungsverbot). Insofern kommt auch eine objektive unmittelbare Wirkung vorliegend nicht in Betracht. Im Einzelnen:

4.1. Die Richtlinienvorgaben sind nicht unbedingt. Eine Unionsvorschrift ist inhaltlich unbedingt, wenn sie eine Verpflichtung normiert, die an keine Bedingung geknüpft ist und zu ihrer Durchführung oder Wirksamkeit auch keiner weiteren Maßnahmen der Unionsorgane oder der Mitgliedstaaten bedarf. Die Richtlinienbestimmungen über die ausschließliche Zuständigkeit sind nicht als inhaltlich unbedingt anzusehen, da sie keine materiell-rechtlichen Vorgaben statuieren, sondern lediglich abstrakt Aufgaben und Befugnisse einer Behörde regeln.⁸ Gegenwärtig fehlt es an den erforderlichen und zureichenden Umsetzungsnormen im nationalen Recht. Das betrifft sowohl die konkrete umfassende Aufgabenzuweisung als auch die für einen Eingriff erforderliche Ermächtigungsgrundlage. Die Bundesnetzagentur hat nach nationalem Recht gegenwärtig (nur) die Befugnis, die Vorgaben der normativen Regulierung anzuwenden und ggf. unter Rückgriff auf § 29 EnWG je nach Festlegungsermächtigung weiter auszugestalten und zu konkretisieren. Sie hat aber mangels entsprechender Aufgabenzuweisung durch den Gesetzgeber nicht die übergeordnete, allgemeine und uneingeschränkte Befugnis, europäisches Richtlinienrecht selbständig umzusetzen, beispielsweise also die Methoden oder Bedingungen für den Netzanschluss und den Netzzugang frei festzulegen oder zu genehmigen (vgl. nur § 24 S. 1 Nr. 1 EnWG). Das entspricht im Übrigen auch dem europäischen Leitbild, wonach die Mitgliedstaaten zur Einrichtung von Regulierungsbehörden mit spezifischen Zuständigkeiten verpflichtet sind.⁹ Dieser Befund wird auch durch das in der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs mündende Vertragsverletzungsverfahren bestätigt: Gegenstand der Rüge durch die Europäische Kommission war nicht eine fehlerhafte Ausübung der ausschließlichen Zuständigkeit durch die nationale Regulierungsbehörde, sondern die mangelnde umfassende Aufgabenzuweisung nach nationalem Recht.¹⁰

4.2. Mit der unmittelbaren Anwendung der Richtlinien wären Belastungen Einzelner verbunden, sodass eine solche ausscheidet. Zwar ist die Einräumung subjektiver Rechte keine Voraussetzung für eine unmittelbare Anwendbarkeit (woran es vorliegend wegen des Verstoßes gegen objektiv geprägte Zuständigkeitsnormen auch fehlen würde), allerdings gilt das Belastungsverbot. Wenn der Bundesnetzagentur aus einer unmittelbaren Anwendung der Richtlinie weitergehende oder jedenfalls anders ausgestaltete Kompetenzen zukämen, könnte sich dies je nach Einzelfall zugunsten, aber auch zu Lasten bestimmter Beteiligter auswirken. Daraus wiederum könnten sich Belastungen ergeben, die nach Auffassung des Bundesgerichtshofs nur durch das europäische Primärrecht oder durch EU-Verordnungen begründet werden können, nicht aber durch Richtlinien.¹¹ Eine Belastung würde sich zudem bereits aus dem Heranziehen der Richtlinien als Ermächtigungsgrundlage ergeben. Dies wäre europarechtlich unzulässig. Sofern die Richtlinienbestimmungen über die ausschließliche Zuständigkeit als inhaltlich unbedingt anzusehen wären, müssten sie von der Bundesnetzagentur unmittelbar als Ermächtigungsgrundlage auch für belastende Regulierungsentscheidungen herangezogen werden. Anders als in den vom Europäischen Gerichtshof entschiedenen Fällen, in denen er eine unmittelbare Belastung

⁷ Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, 71. EL August 2020, Art. 288 Rn. 149.

⁸ BGH, Beschluss vom 08.10.2019, EnVR 58/18, Rn. 71.

⁹ vgl. Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2009/72/EG bzw. Erwägungsgrund 29 der Richtlinie 2009/73/EG.

¹⁰ vgl. EuGH vom 02.09.2021 Schlussanträge v. 14.01.2021, Rechtssache C-718/18, Rz. 88.

¹¹ vgl. BGH, Beschluss vom 08.10.2019, EnVR 58/18, Rn. 73.

durch Richtlinienrecht verneinte, weil die Belastung erst durch ein Verwaltungsverfahren auf Basis nationalen Rechts eintrat, würden vorliegend die Richtlinienbestimmungen als solche unmittelbar gegenüber den Betroffenen herangezogen werden und als materiell-rechtliche Befugnisnormen für belastende Verwaltungsverfahren und Regulierungsentscheidungen fungieren.

4.3. Eine ausnahmsweise objektive unmittelbare Wirkung der Richtlinienbestimmungen bezogen auf die ausschließliche Zuständigkeit scheidet ebenfalls aus. Der Europäische Gerichtshof hat eine objektive unmittelbare Wirkung von Richtlinienbestimmungen anerkannt, aus denen sich für staatliche Stellen eindeutige Pflichten ergeben. Konkret ging es beispielsweise um die nicht rechtzeitig in nationales Recht umgesetzte Pflicht der zuständigen Behörde zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens für die Errichtung eines Wärmekraftwerks.¹² Zwar mag sich vorliegend aus den Richtlinienbestimmungen über die ausschließliche Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde die Verpflichtung ergeben, von dieser Zuständigkeit auch Gebrauch zu machen, um den Zielsetzungen der Richtlinien hinreichend Rechnung tragen zu können. Anders als im Fall des Wärmekraftwerks Großkrotzenburg ist diese Verpflichtung vorliegend jedoch nicht inhaltlich unbedingt. Im vom Europäischen Gerichtshof entschiedenen Fall konnte die zuständige Behörde der Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung ohne Weiteres nachkommen, weil diese als unselbstständiger Bestandteil des nach nationalem Recht vorgesehenen und ihr bereits zugewiesenen Genehmigungsverfahrens durchzuführen war. Demgegenüber kann die Bundesnetzagentur die ihr nach den Richtlinienbestimmungen zugewiesene ausschließliche Zuständigkeit erst ausüben, wenn ihr entsprechende Befugnisse nach nationalem Recht eingeräumt werden (siehe oben).

4.4. In seiner Entscheidung vom 02.09.2021 hat der EuGH sich nicht ausdrücklich mit der Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit befasst. Im Übrigen existiert – soweit ersichtlich – auch anderweitig keine unmittelbar einschlägige Präzedenzentscheidung des Europäischen Gerichtshofs zu der Frage, ob eine Richtlinienbestimmung als eigenständige Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in Rechte des Einzelnen herangezogen werden kann.

5. Ungeachtet der Tatsache, dass die Richtlinienbestimmungen nicht unmittelbar anwendbar sind, sprechen aus Sicht der Beschlusskammer weitere erhebliche Gründe dafür, die Vorgaben der normativen Regulierung in der Übergangszeit zur Anwendung zu bringen. Die Nichtanwendung der normativen Regulierung in der Übergangszeit würde zu einem Zustand führen, der mit den Zielsetzungen der genannten Richtlinien erst recht unvereinbar wäre.¹³

Die Richtlinien verlangen, 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. Diesem Gebot der ex ante-Regulierung wird in Deutschland gegenwärtig zu einem großen Teil über die Vorgaben der normativen Regulierung Rechnung getragen. Die normative Regulierung strukturiert die Methoden für die Berechnung der Tarife vor und legt ex ante die wesentlichen Bedingungen für den Netzanschluss und den Netzzugang fest. Sie regelt unmittelbar Rechte und Pflichten für Netzbetreiber und andere Marktakteure und schafft auf diese Weise den von den Richtlinien geforderten transparenten und vorhersehbaren, verlässlichen Regulierungsrahmen. Bestehende Festlegungen und Genehmigungen der Bundesnetzagentur, die sie im Rahmen ihrer bisherigen Zuständigkeiten erlassen hat, tragen zwar ebenfalls zu der erforderlichen ex ante-Regulierung bei, dies jedoch nur in Teilbereichen und in Ergänzung der normativen Regulierung und damit nicht in dem von der Richtlinie geforderten Umfang.

Ein faktisches Außerkrafttreten der Vorgaben der normativen Regulierung würde daher zu beträchtlichen Regelungslücken und damit einhergehend erheblichen Rechtsunsicherheiten für

¹² EuGH, Urteil vom 11.08.1995, C-431/92 – Wärmekraftwerk Großkrotzenburg.

¹³ so auch BGH, Beschluss vom 08.10.2019, EnVR 58/18, Rn. 76.

alle Marktbeteiligten führen. Auch dies wäre mit den genannten Richtlinienvorgaben und den Zielsetzungen des Energiebinnenmarkts schwerlich vereinbar. Beispielsweise dürfte eine derart unklare Rechtslage im Übergangszeitraum kaum Investitionsanreize setzen und Unsicherheiten für die unternehmerische Tätigkeit der regulierten Unternehmen und auch der sonstigen Marktteilnehmer auslösen. Für den Übergangszeitraum ist es daher sinnvoll und angebracht, stabile und berechenbare Verhältnisse zu gewährleisten.

B) Statthaftigkeit und Ermächtigungsgrundlage der vorläufigen Anordnung

Die Beschlusskammer kann die Entscheidung im Rahmen einer vorläufigen Anordnung gem. § 72 EnWG erlassen. Die Regelung sieht vor, dass die Regulierungsbehörde bis zur endgültigen Entscheidung vorläufige Anordnungen treffen kann. Weder dem Wortlaut noch dem Sinn und Zweck der Vorschrift ist eine Einschränkung auf bestimmte regulatorische Entscheidungen zu entnehmen. Vielmehr handelt es sich um ein umfassend anwendbares Regulierungsinstrument¹⁴, von dem die Beschlusskammer vorliegend Gebrauch macht, um vor der Entscheidung in der Hauptsache eine Entscheidung über die Voraussetzungen des § 118 Abs. 46 S. 1 EnWG zu schaffen und die damit verbundenen Anreizsetzung zur Gasreduktion bereits frühestmöglich zu gewährleisten.

C) Formelle Rechtmäßigkeit

Der Erlass einer vorläufigen Anordnung ist formell rechtmäßig. Voraussetzung ist, dass das Verwaltungsverfahren in der Hauptsache bereits begonnen wurde, die Bundesnetzagentur für den Erlass der vorläufigen Anordnung zuständig ist, der Anspruch der Beteiligten auf rechtliches Gehör gewahrt wurde und die vorläufige Anordnung begründet wurde. Diese formellen Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

1. Begonnenes Hauptsacheverfahren

Mit dem Konsultationsbeginn des Festlegungsverfahrens BK4-22-086 am 07.09.2022 mittels Veröffentlichung auf der Website der Bundesnetzagentur und im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 17/2022 liegt ein begonnenes Hauptsacheverfahren vor. Zeitgleich wurden die Länder und das Bundeskartellamt über die Einleitung des Festlegungsverfahrens informiert.

2. Zuständigkeit der Bundesnetzagentur

Die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur im vorläufigen Verfahren ist ebenfalls gegeben. Diese richtet sich nach der Zuständigkeit in der Hauptsache.¹⁵ Die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur für Festlegungen über Vereinbarung eines individuellen Netzentgeltes ergibt sich in der Hauptsache aus § 118 Abs. 46 iVm § 54 Abs. 2 und Abs. 3 EnWG. Die Zuständigkeit der Beschlusskammer folgt aus § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG.

¹⁴ vgl. Hanebeck in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Auflage 2015, EnWG § 72 Rn. 1; Turiaux im Kment, EnWG, 2. Auflage 2019, EnWG § 72 Rn. 1.

¹⁵ Vgl. Bruhn in BerlKommENR, 4. Aufl. 2019, EnWG § 72 Rn. 5 mwN.

3. Anhörung

Ein Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs ist auch bei Ausbleiben eines Beteiligungsverfahrens Betroffener im Verfahren der vorläufigen Anordnung nicht gegeben. Nach den Grundsätzen des § 60 GWB, die entsprechend auch für das Verfahren nach § 72 EnWG gelten¹⁶, kann eine Anhörung unterbleiben, wenn sie nach den Umständen des Einzelfalls nicht möglich ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Anhörung wegen besonderer Eilbedürftigkeit der Sache ausnahmsweise den Zweck der einstweiligen Anordnung infrage stellen würde.¹⁷ Vorliegend begründet die Dringlichkeit einer schnellen Entscheidung ein Unterbleiben der Anhörung bei den Betroffenen.

Die vorliegende vorläufige Anordnung dient der konsequenten und schnellen Umsetzung weiterer Maßnahmen, um eine bisweilen freiwillige Gasreduktion der Letztverbraucher zu fördern und damit die Gefahr einer Gasmangellage im Winter 2022/2023 abzuschwächen. Hierbei ist bei der Umsetzung von Maßnahmen, die wie vorliegend dazu geeignet sind, Anreize für eine tatsächliche Gasreduktion in erheblichen Umfang zu erreichen, eine schnelle Umsetzung geboten. Unter diesem Gesichtspunkt stellt eine vorherige Anhörung etwaig von der Maßnahme betroffener Letztverbraucher und Netzbetreiber im vorläufigen Verfahren einen mit der Dringlichkeit der Umsetzung unvereinbaren zeitlichen Aufwand dar.

Weiterhin greifen die, aufgrund der speziellen Anhörungsregelung des § 67 EnWG nicht unmittelbar, jedoch im Allgemeinen anwendbaren Ausnahmeregelungen des § 28 Abs. 2 VwVfG.¹⁸ So kann von einer Anhörung der Beteiligten dann abgesehen werden, wenn nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG eine sofortige Entscheidung wegen Gefahr im Verzug oder im öffentlichen Interesse notwendig erscheint oder nach Nummer 3 von den tatsächlichen Angaben eines Beteiligten nicht zu seinen Ungunsten abgewichen werden soll. Beide Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

Aufgrund der drohenden Gasmangellage ist eine sofortige Gasreduktion auch in der Industrie notwendig. Eine Gasmangellage stellt demgegenüber eine Gefahr dar, die es im öffentlichen Interesse zu verhindern gilt. Weiterhin stellt die getroffene Regelung weder für die betroffenen Letztverbraucher noch für die Netzbetreiber eine Regelung dar, in der zur ihren Ungunsten von der bisherigen Systematik abgewichen wird. Letztverbraucher, die aufgrund von reduzierter Gasnutzung ihre Produktion verringern, haben die Möglichkeit durch die Regelung in vereinfachter Form in den Genuss der individuellen Netzentgeltvereinbarung für das Kalenderjahr 2022 zu kommen. Hierdurch wird betroffenen Letztverbrauchern ein Mehr gewährt, dass nicht dadurch zu einer Belastung wird, dass diese Verbraucher eine Nachweispflicht haben. Es steht jedem betroffenen Letztverbraucher, der die Voraussetzungen dieser Festlegung erfüllt, frei, diese in Anspruch zu nehmen. Ebenfalls besteht keine Abweichung zu Ungunsten von Netzbetreibern, welche aufgrund dieser Regelung an Vereinbarung individueller Netzentgelte festhalten müssen, obwohl die Voraussetzungen im Kalenderjahr 2022 eigentlich nicht erfüllt werden. So entstehen den Netzbetreibern durch die Vereinbarung individueller Netzentgelte keine Mehrkosten, weil die durch die Vereinbarung individueller Netzentgelte entgangenen Einnahmen durch die Umlage nach § 19 Abs. 2 S. 15 StromNEV über die Letztverbraucherrefinanziert werden.

Mit Mitteilung vom 12.09.2022 wurde dem Bundeskartellamt und den Landeregulierungsbehörden aller Bundesländer gemäß § 58 Abs. 1 S. 3 EnWG die Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben.

¹⁶ Vgl. Bruhn in BerlKommENR, 4. Aufl. 2019, EnWG § 72 Rn. 7; so auch: Adam in BeckOK EnWG, 3. Ed. 1.6.2022, EnWG § 72 Rn. 7.

¹⁷ Barth in MükoEuWettbR, 4. Aufl. 2022; GWB § 60 Rn. 5.

¹⁸ Wende in BerlKommENR, 4. Aufl. 2019, EnWG § 67 Rn. 4.

Aufgrund der Dringlichkeit des Erlasses der Regelung ist der Länderausschuss gemäß § 60a Abs. 2 S. 2 EnWG nachträglich zu unterrichten.

4. Begründung

Die vorläufige Entscheidung ist vorliegend auch begründet, insbesondere liegt die für eine einstweilige Anordnung erforderliche Voraussetzung einer besonderen Eilbedürftigkeit vor.

D) Materielle Rechtmäßigkeit

Die Beschlusskammer hat das ihr in § 72 EnWG durch den Gesetzgeber eingeräumte Ermessen dahingehend betätigt, dass sie im Wege einer vorläufigen Anordnung bereits zu diesem Zeitpunkt über einen Anspruch auf Weitergeltung von Vereinbarungen individueller Netzentgelte entscheiden konnte. Eine Entscheidung im behördlichen Hauptsacheverfahren konnte nicht abgewartet werden. Die vorläufige Anordnung ist auch materiell rechtmäßig. Es besteht ein Anordnungsanspruch, sowie ein Anordnungsgrund. Schließlich liegt auch keine schadhafte Vornahme der Hauptsache vor.

1. Anordnungsanspruch

Der Erlass einer vorläufigen Anordnung ist nur zulässig, wenn bei einer summarischen Prüfung alle Tatbestandsmerkmale der Ermächtigungsgrundlage erfüllt sind.¹⁹ Dies ist vorliegend der Fall:

1.1. Ermächtigungsgrundlage

Der Beschluss ist formell und materiell rechtmäßig (siehe unter 3. und 4.). Eine Rechtsgrundlage für den Beschluss ist in § 118 Abs. 46 EnWG gegeben. Darüber hinaus beruht der Beschluss auf einer rechtmäßigen Anwendung des nationalen Rechts auch vor dem Hintergrund der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 02.09.2021, C 718/18.

1.2. Formelle Voraussetzungen

Die Festlegung ist formell rechtmäßig. Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden.

1.2.1. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur für Festlegungen über Vereinbarung eines individuellen Netzentgeltes ergibt sich aus § 118 Abs. 46 iVm § 54 Abs. 2 und Abs. 3 EnWG. Die Zuständigkeit der Beschlusskammer folgt aus § 59 Abs. 1 Satz 1 EnWG.

¹⁹ Bruhn in BerlKommEnR, 4. Aufl. 2019, EnWG § 72 Rn. 10, mit Verweis auf: Barth in MükoEuWettbR, 4. Aufl. 2022; GWB § 60 Rn. 10.

1.2.2. Anhörung

Die Möglichkeit der Stellungnahme für betroffene Marktteilnehmer gemäß § 67 Abs. 1 EnWG wurde durch die Einleitung des Konsultationsverfahrens mittels Veröffentlichung auf der Homepage der Bundesnetzagentur und der Veröffentlichung im Amtsblatt gewahrt.

1.2.3. Beteiligung von Landesregulierungsbehörden und Bundeskartellamt

Die Landesregulierungsbehörden sind gemäß § 55 Abs. 1 S. 2 EnWG über die Einleitung des Verfahrens benachrichtigt worden. Dem Bundeskartellamt und den Landesregulierungsbehörden wurde ferner gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG die Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Dem Länderausschuss wurde gemäß § 60a EnWG Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

1.3. Materielle Voraussetzungen

Die Beschlusskammer hat von der ihr in § 118 Abs. 46 EnWG eingeräumten Festlegungsmöglichkeit einer Weitergeltung der Vereinbarung individueller Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 Satz 2 bis 4 StromNEV Gebrauch gemacht.

1.3.1. Voraussetzungen des § 118 Abs. 46 EnWG

Die tatbestandlichen Voraussetzungen der Ermächtigung wurden vorliegend eingehalten. So entspricht die Festlegung insbesondere dem Erfordernis einer zum 30. September 2021 angezeigten und rechtmäßigen Vereinbarung über ein individuelles Netzentgelt zwischen Netzbetreiber und Letztverbraucher. Entsprechend des Festlegungstenors müssen die Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 bis 4 StromNEV für das Kalenderjahr 2021, welches zugleich als Referenzjahr dient, erfüllt worden sein. Hinsichtlich der Erfüllung der gemäß § 19 Abs. 2 S. 3 StromNEV für die maximal mögliche Reduzierung relevanten Schwellwerte von 7.000, 7.500 und 8.000 Benutzungsstunden im Jahr ist ebenfalls auf das Jahr 2021 abzustellen.

Eine Reduktion ihrer Produktion aufgrund eines verminderten Gasbezugs muss durch die Letztverbraucher nachgewiesen werden. Die Anforderungen an die Nachweispflicht werden durch die vorliegende Festlegung hinreichend konkretisiert.

Zudem währte im Zeitpunkt des Festlegungsbeschlusses die am 23.06.2022 durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz ausgerufene Alarmstufe nach Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe b und Artikel 11 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2017/1938 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2017 über Maßnahmen zur Gewährleistung der sicheren Gasversorgung und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 994/2010 (ABl. L 280 vom 28.10.2017, S. 1), die durch die Delegierte Verordnung (EU) 2022/517 (ABl. L 104 vom 1.4.2022, S. 53) geändert worden ist, in Verbindung mit dem Notfallplan Gas des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom September 2019, fort.

Eine Neuanzeige der getroffenen Vereinbarung ist aus Sicht der Bundesnetzagentur im Regelfall nicht erforderlich, da die Regelung des § 118 Abs. 46 Nr. 1 EnWG das Vorliegen einer rechtmäßigen und bis zum 30.09.2021 bei der Regulierungsbehörde angerzeigten Vereinbarung bereits voraussetzt. Lediglich in dem Fall, indem sich im laufenden Jahr wesentliche Vertragsparameter der getroffenen Vereinbarung geändert haben (bspw. Neuberechnung des physikalischen Pfades), ist es weiterhin erforderlich, die insoweit angepasste Vereinbarung neu anzuzeigen. Auch in diesem Fall ist eine Weitergeltung der geänderten Vereinbarung möglich, soweit hinsichtlich der ursprünglichen Vereinbarung die in § 118 Abs. 46 S. 1 Nr. 1 – 3 EnWG genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

1.3.2. Berechnung des physikalischen Pfades

Die Berechnung des individuellen Netzentgelts hat auf der Basis der aktuellen Verbrauchsdaten des Jahres 2022 zu erfolgen. Dies bedeutet, dass die Berechnung der konkreten Höhe der für das Jahr 2022 zu zahlenden individuellen Netzentgelte auf Basis der Daten des Jahres 2022 und vorrangig auf Basis des physikalischen Pfades erfolgt.²⁰ Hierdurch wird klargestellt, dass unter den Voraussetzungen des § 118 Abs. 46 EnWG dem Grunde nach eine Weitergeltung des Anspruchs des individuellen Netzentgeltes besteht. Hierbei ist dann auch auf die relevanten Schwellwerte von 7.000, 7.500 und 8.000 Benutzungsstunden im Jahr ist ebenfalls auf das Jahr 2021 abzustellen.

Demgegenüber setzt der Beschluss keine Verlängerung der Vereinbarung individueller Netzentgelte fest. Die konkrete Berechnung der Höhe der individuellen Netzentgelte erfolgt auch weiterhin nach den Kriterien zur Berechnung des physikalischen Pfades nach der Festlegung BK4-13-739 vom 11.12.2013.

Nur dann, wenn die auf diese Weise ermittelten Kostenbeiträge niedriger sind als die aus der Berechnung nach den Kosten des physikalischen Pfades resultierenden Netzentgelte, die sich wiederum aus den Schwellwerten des § 19 Absatz 2 Satz 2 und 3 StromNEV ergeben, sind letztere für die Höhe des individuellen Netzentgelts entscheidend.

1.3.3. Nachweispflicht

Die Nachweispflichten des Letztverbrauchers gegenüber dem Netzbetreiber sollen gewährleisten, dass eine Anpassung des Netznutzungsverhaltens auch in Zusammenhang mit der Reduzierung des Gasbezugs steht.

Die Nachweispflicht ist geeignet auf der einen Seite eine Absicherung dafür zu gewährleisten, dass die Weitergeltung von individuellen Netzentgelten für das Kalenderjahr 2022 nicht denjenigen zu Gute kommt, die faktisch keine Gaseinsparung vornehmen oder eine verminderte Produktion aus anderen Gründen erfahren. Zum anderen ist die Nachweispflicht auf die wesentlichen Punkte beschränkt, sodass der Letztverbraucher nicht übermäßig belastet wird, um die Anreizsetzung zur Gasreduktion zu gewährleisten. Die vorgestellten Maßnahmen stellen nach Ansicht der Beschlusskammer keinen überproportionalen Nachweisaufwand dar und gewährleisten das Grundprinzip, dass Letztverbraucher durch die Festlegung einerseits nicht schlechter-, andererseits aber auch nicht bessergestellt werden sollen.

Um eine missbräuchliche Weitergeltung individueller Netzentgelte zu verhindern, stellen die drei oben benannten Nachweispflichten keine unzumutbare Belastung dar und entsprechen dem, was für einen Nachweis der tatsächlichen Gasreduktion notwendig ist.

Hierbei handelt es sich zum Ersten um das Aufzeigen von Maßnahmen, die eine Gasreduktion zur Folge haben können. Die Benennung dieser Maßnahmen wird im Regelfall für den Letztverbraucher mit wenig Aufwand zu erreichen sein, da der Letztverbraucher die von ihm selber getroffenen Maßnahmen kennt. Zum Zweiten stellt der Nachweis der prognostizierten Reduktion des Gasverbrauchs einen Mehraufwand dar, der jedoch notwendig ist, um die tatsächlichen Auswirkungen der getroffenen Maßnahmen in Bezug auf den Gasverbrauch aufzuzeigen. Hierbei reicht eine Prognoseermittlung für das Kalenderjahr 2022 aus, an deren Parameter keine strengeren Vorgaben geknüpft sind. Schließlich soll drittens eine Gegenüberstellung des Gasverbrauchs 2021 und des prognostizierten Gasverbrauchs 2022 erfolgen. Die Gegenüberstellung dürfte für den Letztverbraucher nach der Prognoseermittlung keine zu große Hürde darstel-

²⁰ Vgl. Verordnungsbegründung zu § 32 Abs. 10 StromNEV, BR-Drs. 464/20, Seite 10

len, da dem Letztverbraucher seine Verbrauchsdaten für das Kalenderjahr 2021 regelmäßig vorliegen. Aus der Gegenüberstellung muss für das Jahr 2022 eine Reduktion im Vergleich zum Kalenderjahr 2021 ersichtlich sein, die sich aus denen unter dem Punkt 1) ermittelten Maßnahmen ergibt.

1.3.4. Ermessensentscheidung

Die Beschlusskammer hat das ihr in § 118 Abs. 46 EnWG eingeräumte Ermessen rechtsfehlerfrei ausgeübt. Insbesondere genügen sowohl die Regelungen zur Fortgeltung der Vereinbarungen individueller Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 S. 2 bis 4 StromNEV aus dem Kalenderjahr 2021 für das Kalenderjahr 2022 und die diese Regelung flankierenden Nachweispflichten der Letztverbraucher dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

1.3.4.1 Fortgeltung der Vereinbarungen individueller Netzentgelte für 2022

Zunächst verfolgt die Beschlusskammer mit der vorliegenden Festlegung einen legitimen Zweck. Zum Zeitpunkt des Festlegungsbeschlusses dauert eine aus geopolitischen Spannungen resultierende erhebliche Reduktion der Gasimporte in die Bundesrepublik Deutschland an. Die hieraus folgende Knappheit und weiter drohende Verknappung des Energieträgers Gas auf dem nationalen Markt hat dazu geführt, dass das Bundeswirtschaftsministerium am 23.06.2022 die Alarmstufe für Gas ausgerufen hat.

Der Ausruf der Alarmstufe ist bereits Ausdruck des besonderen öffentlichen Interesses, welches dem Energieträger Gas im Zeitpunkt des Festlegungsbeschlusses zukommt. So ist es Aufgabe der Bundesregierung wie auch der Bundesnetzagentur als zuständige Behörde eine reibungslose und ununterbrochene Versorgung der Bundesrepublik wie auch des europäischen Binnenmarktes mit Erdgas sicherzustellen, Art. 1 ErdgasversorgungsVO, VO (EU) 2017/1938). Die Herstellung einer sicheren Versorgung ist zudem als primäres Ziel des Gesetzgebers im Energiewirtschaftsgesetzes hinterlegt, § 1 Abs. 1 EnWG.

Dieser Zielsetzung trägt die vorliegende Festsetzung in besonderer Weise Rechnung, indem sie als wichtige Regelung in einem über die Festlegung selbst hinausgehenden Regelungskomplex die Versorgungssicherheit der Allgemeinheit in den Fokus nimmt.

Zur Förderung der Versorgungssicherheit der Allgemeinheit ist die vorliegende Festlegung zudem auch geeignet. Denn das Abnahmeverhalten industrieller Letztverbraucher von Gas ist in diesem Kontext von besonderer Bedeutung. Da der mengenmäßige Bezug von Erdgas durch industrielle Letztverbraucher gegenüber bisher besonders geschützten Privathaushalten deutlich überwiegt, sind etwaige regulatorische Anreize zur Gaseinsparung unverzüglich zu schaffen, um einen hoheitlichen Eingriff in den Markt zu vermeiden. Allerdings wird sich sowohl eine permanente wie auch vorübergehende Bezugsreduktion von Erdgas regelmäßig auf das hiermit eng verbundene Abnahmeverhalten der Letztverbraucher von Strom auswirken. Nimmt ein Letztverbraucher aus einer energieintensiven Branche eine Produktionsumstellung zur Gaseinsparung vor, so wird es in der Folge auch deutlich weniger Strom verbrauchen. Dies wiederum kann dazu führen, dass die betroffenen Endabnehmer die vorgesehenen Jahresbenutzungsstunden nicht mehr erreichen und ein Anspruch auf ein individuelles Netzentgelt nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV entfällt.

In der Folge wären die betroffenen Unternehmen einer erheblichen finanziellen Mehrbelastung ausgesetzt, da die individuellen Netzentgelte begrenzt durch den physikalischen Pfad und die Grenzwerte in § 19 Abs. 2 Satz 3 StromNEV deutlich unter den allgemeinen Netzentgelten liegen. Die Auswirkungen der damit einhergehenden Kostensteigerung auf das betriebswirtschaftliche Gesamtergebnis vor Steuern können somit signifikant sein und vereinzelt die Gefahr einer Unternehmensinsolvenz verursachen. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass viele Unternehmen bereits durch die Covid-19-Pandemie einen erheblichen Produktions- und Um-

satzrückgang verzeichnet haben und sich etwaige finanzielle Handlungsspielräume der Letztverbraucher bereits verengt haben.

Somit stehen die aktuellen normativen Regulierungen dem verfolgten Ziel entgegen. Die aus der bestehenden Netzentgeltsystematik resultierenden betriebswirtschaftlichen Gefahren der betroffenen Letztverbraucher werden eine Entscheidung zugunsten einer Gaseinsparung regelmäßig verhindern. Der unveränderte Verbrauch von Erdgas wird folglich vielmehr gefördert und verstärkt die der Alarmstufe zugrundeliegende Störung der Gasversorgung. Darüber hinaus ist auch ein relativ Milderer Mittel nicht ersichtlich.

Schließlich bringt die Festlegung die betroffenen Interessenspositionen in einen angemessenen Ausgleich zueinander. Indem die Bundesnetzagentur die Weitergeltung der Voraussetzungen des individuellen Netzentgeltes aus dem Kalenderjahr 2021 für das Kalenderjahr 2022 anordnet, schafft sie den betroffenen Unternehmen Planungs- und Rechtssicherheit. Diese können nun ihre bestehenden Netzentgelte trotz Einsparmaßnahmen in Bezug auf Erdgas beibehalten.

Zugleich wird sich die Verbrauchstypik der Unternehmen, welche der Regelung als materielle Grundlage eines Angebots individueller Netzentgelte zugrunde liegt, im Grundsatz nicht verändern. Diese würde lediglich zum Zwecke der allgemeinen Versorgungssicherheit unterbrochen. Sinn und Zweck von § 19 Abs. 2 Satz 2 bis 4 StromNEV bleiben weiterhin bestehen.

Die Festlegung dient schließlich als Grundlage weiterer Maßnahmen der Energie- und Versorgungssicherheit der Bundesrepublik Deutschland. Sie beinhaltet die Sicherung der vorhandenen Wirtschafts- und Lebensverhältnisse und trägt darüber hinaus dem sozialen Frieden und der Wohlstandssicherung bei.

Etwaige Nachteile der Netzbetreiber durch einen erhöhten administrativen Aufwand stehen der Regelung nicht entgegen. Ein relevanter wirtschaftlicher Schaden der Netzbetreiber ist aufgrund der Umlagefähigkeit der wegen der Vereinbarung individueller Netzentgelte entgangenen Erlöse nach § 19 Abs. 2 Satz 15 StromNEV nicht zu befürchten, insbesondere wenn die Verträge von Netzbetreibern und Netznutzern allgemeine Preisanpassungsklauseln enthalten und Abschlagszahlungen sowie turnusgemäße Gesamtabrechnungen erfolgen. Die mit der Festlegung einhergehende Belastung der Netznutzergemeinschaft durch die § 19 StromNEV-Umlage treten hinter dem Zweck der Versorgungssicherheit zurück. Um eine unverhältnismäßige Mehrbelastung der umlagepflichtigen Letztverbraucher zu verhindern, stellt diese Anordnung mit den genannten Nachweispflichten einen Mechanismus auf, damit nur solche Vereinbarungen individueller Netzentgelte weitergelten, die auch tatsächlich die Voraussetzungen des § 118 Abs. 46 EnWG erfüllen.

Aufgrund der vorgenannten Erwägungen übt die Bundesnetzagentur das ihr in § 118 Abs. 46 EnWG eingeräumte Ermessen hinsichtlich einer Weitergeltung der individuellen Netzentgelte vollständig aus, um der Schutzpflicht des Staates und seiner Einrichtungen nachzukommen und eine Gefährdung hochrangiger Güter abzuwenden. Eine mildere und zugleich gleich geeignete Maßnahme ist derzeit nicht ersichtlich. Auch im engeren Sinn fällt eine Abwägung aufgrund der vorgenannten Erwägungen zugunsten der getroffenen Festlegung aus.

1.3.4.2 Nachweispflichten

Schließlich sind auch die die Regelungen zur Fortgeltung der Vereinbarungen individueller Netzentgelte für das Kalenderjahr 2022 flankierenden Nachweispflichten der Letztverbraucher verhältnismäßig. Wie vorstehend bereits ausgeführt dienen sie dem legitimen Zweck, sicherzustellen, dass nur solche Vereinbarungen individueller Netzentgelte weitergelten, die auch tatsächlich die Voraussetzungen des § 118 Abs. 46 EnWG erfüllen. Hierzu sind die Nachweispflichten ohne Weiteres geeignet. Zugleich stellen sie das mildeste Mittel dar, um den betroffenen Letztverbrauchern eine schnelle und rechtssichere Ergreifung von Einsparmaßnahmen zu ermöglichen. So haben die betroffenen Letztverbraucher eine Aufstellung über die in ihrem Unternehmen getroffenen Maßnahmen zur Gasreduktion zu erstellen. Dieser ist eine Prognose

über die zu erwartende Gaseinsparung beizufügen. Zum erst möglichen Zeitpunkt ist zudem eine Gegenüberstellung zum Vorjahresverbrauch anzufertigen. Diese Vorgaben dienen einer Plausibilitätskontrolle und sind zwingend dazu erforderlich, um einem etwaigen Missbrauch vorzubeugen. Dementsprechend wird das mit der Fortgeltung der Vereinbarungen individueller Netzentgelte für das Kalenderjahr 2022 verfolgte Ziel Gaseinsparungen anzureizen und damit das öffentliche Interesse der Versorgungssicherheit und das diesem gegenüberstehende Interesse an einer möglichst geringen Belastung der § 19 StromNEV-Umlage in einen sachgerechten Ausgleich gebracht, sodass durch die geregelten Nachweispflichten auch dem Grundsatz der Angemessenheit entsprochen wird.

2. Anordnungsgrund

Voraussetzung für den Erlass einer vorläufigen Anordnung ist die besondere Dringlichkeit der Entscheidung.²¹ Erscheint eine vorläufige Regelung weder im öffentlichen Interesse noch im Interesse eines Beteiligten geboten, muss keine Entscheidung auf Grundlage einer nur vorläufigen Ermittlung der Sach- und Rechtslage durch die Regulierungsbehörde getroffen werden. Vielmehr muss das Interesse der Allgemeinheit oder eines Dritten an der vorläufigen Anordnung das Interesse an effektivem Rechtsschutz des Betroffenen überwiegen.²² Der Anordnungsgrund kann im Allgemeinen nur unter besonderen Voraussetzungen und aufgrund einer Interessenabwägung vorliegen. Der Betroffene soll nicht auf einer noch unsicheren Tatsachengrundlage im Vorgriff auf die in der Hauptsache zu treffende Entscheidung Beschränkungen unterworfen werden, wenn hierfür kein besonderes, vorrangiges öffentliches Interesse besteht.²³

Die Eilbedürftigkeit der Sachmaterie macht es erforderlich, dass die Beschlusskammer eine vorläufige Anordnung hinsichtlich des Anspruchs auf Weitergeltung von individuellen Netzentgelten erlässt. Hintergrund ist die durch den Krieg in der Ukraine hervorgerufene Energiekrise. In diesem Zusammenhang wurde am 30.03.2022 durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz die Frühwarnstufe und am 23.06.2022 die Alarmstufe des Notfallplans Gas in Deutschland ausgerufen. Eine Reduktion des Gasverbrauchs ist zur Verhinderung einer Gas-mangellage im Winter 2022/23 notwendig. Aus Modellrechnungen, die die Importmengen durch die Gaspipeline Nord Stream 1 in verschiedenen Varianten aufzeigt, ergibt sich, dass in allen Konstellationen mindestens eine Verbrauchsreduktion von 20% erfolgen muss, um eine Gas-mangellage zu verhindern.²⁴ Für die Sicherstellung der eigenen Versorgungssicherheit und zur notwendigen Versorgung der Nachbarländer ist folglich eine schnellstmögliche inländische Verbrauchsreduktion entscheidend. Die Alarmstufe sendet das deutliche Signal an alle Gasverbraucherinnen und Gasverbraucher von Industrie und Privathaushalten, dass Erdgas eingespart werden muss. Die vorliegende vorläufige Anordnung dient der konsequenten und schnellen Umsetzung weiterer Maßnahmen, um eine bisweilen freiwillige Gasreduktion der Letztverbraucher zu fördern. Insbesondere soll solchen Unternehmen, die eigentlich in der Lage wären, ihren Gasbezug kurzfristig zu reduzieren, dies aber unterlassen, weil sie aufgrund einer damit verbundenen Änderung ihres Strombezugsverhaltens riskieren würden, die Vergünstigungen nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV zu verlieren, die Möglichkeit zur Gaseinsparung eröffnet werden.

²¹ Bruhn in BerlKommEnR, 4. Aufl. 2019, EnWG § 72 Rn. 11, mit Verweis auf: Barth in MükoEuWettbR, 4. Aufl. 2022; GWB § 260 Rn. 13.

²² Bruhn in BerlKommEnR, 4. Aufl. 2019, EnWG § 72 Rn. 11, mit Verweis auf: Barth in MükoEuWettbR, 4. Aufl. 2022; GWB § 260 Rn. 14

²³ Vgl. hierzu: BGH, Beschluss v. 17.7.2018 – KVR 64/17, Rn. 36.

²⁴ Gas-Szenarien von 7/22 bis 6/23 (Stand 03.08.2022), BNetzA, Referat 623; abrufbar unter: https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Fachthemen/ElektrizitaetundGas/Versorgungssicherheit/aktuelle_gasversorgung/start.html

Da bei ausbleibender Gasreduktion, abhängig von der tatsächlichen Importmenge russischen Gases, bereits im Dezember 2022 eine Gasmangellage drohen könnte²⁵, ist bei der Umsetzung von Maßnahmen, die wie vorliegend dazu geeignet sind, Anreize für eine tatsächliche Gasreduktion in erheblichen Umfang zu erreichen, eine schnelle Umsetzung geboten. Die Beschlusskammer ist der Auffassung, dass eine einfache Mitteilung an potentiell betroffene Letztverbraucher, dass eine Festlegung in Planung ist, nicht geeignet ist, in vergleichbarer Weise Rechts- und Planungssicherheiten zu gewährleisten. Eine reine Mitteilung enthält keine verbindlichen Angaben zu Art und Umsetzung der geplanten Festlegung, sodass die Gefahr besteht, dass eine ausreichende Planungssicherheit damit kurzfristig nicht erreicht werden kann.

3. Keine Vorwegnahme der Hauptsache

Nach allgemeinen Regeln gilt für vorläufige Anordnungen im Grundsatz das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung.²⁶ Ausnahmsweise kommt eine zeitlich begrenzte Vorwegnahme jedoch dann in Betracht, wenn das öffentliche Interesse sie unabweisbar gebietet.²⁷ Mit der vorliegenden vorläufigen Anordnung werden die rechtlichen Bestimmungen des § 118 Abs. 46 EnWG bereits vor der Festlegung in Kraft gesetzt. Dieses Vorgehen ist vorliegend unschädlich, da eine Vorwegnahme aufgrund des öffentlichen Interesses geboten ist.

Im Zuge der drohenden Gasmangellage in den Wintermonaten 2022/23 ist ein vorläufiges Handeln geboten, da durch die Beteiligung des standardisierten Festlegungsverfahrens mit einer Entscheidung nicht vor November 2022 zu rechnen ist. Um bereits zuvor für strom- und gasintensive Letztverbraucher Anreize zu schaffen den Gasbezug zu reduzieren und hierbei, gerade für die finanziell nicht unwesentliche Frage der Bandlast und der damit zusammenhängenden Vereinbarung individueller Netzentgelte für Rechts- und Planungssicherheit zu sorgen, ist eine vorläufige Anordnung geboten.

Betroffene Letztverbraucher haben aufgrund ihrer Einsparungsmöglichkeit im Bereich des Gasbezugs eine nicht unwesentliche Bedeutung bei der notwendigen Gasreduktion im Hinblick auf den kommenden Winter. Es liegt im öffentlichen Interesse eine drohende Gasmangellage zu verhindern und in diesem Zusammenhang stellt die Umsetzung der Ermächtigungsgrundlage einen wesentlichen Baustein bei Verhinderung dieser Gefahr dar. Eine Gasmangellage in den Wintermonaten stellt sowohl für Unternehmen, als auch für Privatpersonen eine erhebliche Beeinträchtigung in allen Geschäfts- und Lebensbereichen dar. Aus diesem Grund ist eine möglichst schnelle Implementierung der durch diese Regelung zu erreichende rechts- und Planungssicherheit für die betroffenen Letztverbraucher zu schaffen, wodurch eine signifikante Gasreduktion in diesem Bereich zu erwarten ist.

E) Kosten

Hinsichtlich der Kosten bleibt ein gesonderter Bescheid gemäß § 91 EnWG vorbehalten.

²⁵ Gas-Szenarien von 7/22 bis 6/23 (Stand 03.08.2022), BNetzA, Referat 623; abrufbar unter: https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Fachthemen/ElektrizitaetundGas/Versorgungssicherheit/aktuelle_gasversorgung/start.html

²⁶ Turiaux in Kment, EnWG, 2. Aufl. 2019, § 72, Rn. 7; Bruhn in BerlKommEnR, 4. Aufl. 2019, EnWG § 72 Rn. 14 mwN.

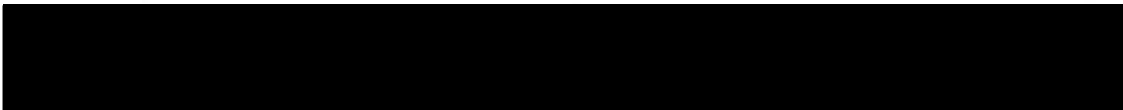
²⁷ Vgl. Leitsatz OLG Düsseldorf v. 22. 1. 1985 Kart. 1/85 V.

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

Rainer Busch

Stefanie Scheuch

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzerin