



- Beschlusskammer 4 -

Az.: BK4-22-089A01

Beschlussentwurf

In dem Verwaltungsverfahren nach §§ 118 Abs. 46a, 29 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 EnWG hinsichtlich der Festlegung zur Anpassung und Ergänzung von Voraussetzungen für die Vereinbarung individueller Entgelte für den Netzzugang nach § 19 Abs. 2 S. 2 – 4 StromNEV.

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

durch

den Vorsitzenden

den Beisitzer

die Beisitzerin

am ____.

beschlossen:

Die mit Beschluss BK4-22-089 vom 15.02.2023 getroffene Festlegung zur Anpassung und Ergänzung von Voraussetzungen für die Vereinbarung individueller Entgelte für den Netzzugang nach § 19 Abs. 2 S. 2 – 4 StromNEV (im Folgenden auch: Ausgangsbescheid) wird wie folgt geändert:

1. Tenorziffer 4 wird wie folgt geändert:

Der Satz „Die Regelung erfolgt unter der Maßgabe, dass die eingesparte Menge am Spotmarkt einer Strombörse vermarktet wird.“ wird gestrichen.

Nach lit. b. wird der nachfolgende Absatz ergänzt:

Nachweispflicht

Dem Letztverbraucher obliegt auf Anforderung durch die Bundesnetzagentur der Nachweis der Stromverbrauchsreduktion in den maßgeblichen Zeiträumen. Der Nachweis kann durch den Beleg der Vermarktung der eingesparten Menge am Spotmarkt einer Strombörse erbracht werden. Sofern der Letztverbraucher eine Stromverbrauchsreduktion für einen Zeitraum geltend macht, in denen er am Spotmarkt einer Strombörse keine Mengen vermarktet oder Mengen erworben hat, kann der Nachweis durch eine geeignete Dokumentation der für den jeweiligen Zeitraum im Vorfeld getroffenen Entscheidungen erfolgen, keine oder eine geringere Menge als zuvor vorgesehen am Spotmarkt zu erwerben.

2. Tenorziffer 6 wird durch folgenden Tenor ersetzt:

Die Festlegung ist befristet bis zum 31.12.2025.

3. Im Übrigen bleibt der Ausgangsbescheid unberührt.

ENTWURF

Gründe:

I.

Die Bundesnetzagentur hat erstmals mit Beschluss BK4-22-089 vom 15.02.2023 bundeseinheitliche Regeln zur Anpassung und Ergänzung von Voraussetzungen für die Vereinbarung individueller Entgelte für den Netzzugang nach § 19 Abs. 2 S. 2 – 4 StromNEV auf der Grundlage des §118 Abs. 46a EnWG festgelegt.

Mit Schreiben vom 18.09.2023 hat die Beschlusskammer den folgenden Netzbetreibern einen Fragebogen zur Evaluierung der praktischen Anwendung der Festlegung im Jahr 2023 übermittelt: 50Hertz Transmission GmbH, Amprion GmbH, TenneT TSO GmbH, TransnetBW GmbH, Acavon Netz GmbH, Bayernwerk Netz GmbH, E.DIS Netz GmbH, EWE Netz GmbH, LEW Verteilnetz GmbH, Mitteldeutsche Netzgesellschaft Strom mbH, NetzeBW GmbH, Pfalzwerke Netz AG, Schleswig-Holstein Netz AG, Syna GmbH, TEN Thüringer Energienetze GmbH & Co. KG, VSE Verteilnetz GmbH, WEMAG Netz GmbH und Westnetz GmbH.

Am 24.10.2023 hat die Beschlusskammer zudem mit Vertretern der Verbände BDEW, VIK und VCI ein Gespräch über die praktische Relevanz der Festlegung für ihre Mitglieder geführt. Das Ergebnis dieser Befragungen war, dass eine Festlegung nach § 118 Abs. 46a EnWG Voraussetzung für die Hebung systemdienlicher Flexibilitätspotentiale und somit auch über das Jahr 2023 hinaus erforderlich sei. Es wurden jedoch praktische Anwendungshindernisse gesehen. Die Befristung der Geltung auf ein Jahr halte Unternehmen ab, Investitionen zur entsprechenden Anpassung der Produktionsprozesse vorzunehmen. Im Hinblick auf die Tenorziffer 4 wurde zudem ein Hemmnis in der Maßgabe gesehen, dass eingesparte Mengen am Spotmarkt zu veräußern sind. Auch Letztverbraucher, die die Vereinbarungen nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV geschlossen haben, bezögen nicht ihren gesamten Strombedarf aus langfristigen Lieferverträgen. Vielmehr würden Mengen für die Deckung der Residuallast am Spotmarkt beschafft. Dementsprechend äußerten sich Stromverbrauchsreduktionen nicht zwingend in der Vermarktung von Mengen am Spotmarkt, sondern teilweise auch in der Reduktion der am Spotmarkt zur Deckung der Residuallast erworbenen Mengen. Solche „saldierte“ Geschäfte müssten von der Festlegung ebenfalls erfasst werden. Weiterhin wurde vorgetragen, dass nicht alle Letztverbraucher, die eine Vereinbarung nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV geschlossen haben, Strombörsengeschäfte selbst tätigten. Vielmehr nähmen sie hierzu Dienstleister in Anspruch, die nicht einzelne Mengen von einem Letztverbraucher, sondern Mengenprofile verschiedener Auftraggeber verwalten. Über Dienstleister getätigte Spotmarktgeschäfte seien trotz mangelnder Einzelverfolgungsmöglichkeit ebenfalls anzuerkennen.

Die Beschlusskammer 4 hat am 22.11.2023 von Amts wegen ein Verfahren nach §§ 118 Abs. 46a, 29 Abs. 2 EnWG zur Änderung der mit Beschluss BK4-22-089 vom 15.02.2023 erfolgten Festlegung zur Anpassung und Ergänzung von Voraussetzungen für die Vereinbarung individueller Entgelte für den Netzzugang nach § 19 Abs. 2 S. 2 – 4 StromNEV durch Mitteilung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur sowie im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 22/2023 als Mitteilung Nr. XXXX eingeleitet. Der Entwurf des vorgesehenen Änderungsbeschlusses wurde zeitgleich zur Konsultation gestellt und den betroffenen Marktteilnehmern eine weitere Möglichkeit zur Abgabe von Stellungnahmen gemäß § 67 Abs. 1 EnWG bis zum 06.12.2023 eingeräumt.

Die Landesregulierungsbehörden und das Bundeskartellamt sind über die Einleitung des Verfahrens am XX.XX.XXXX informiert worden. In diesem Zusammenhang wurde Ihnen der Konsultationsentwurf mit der Gelegenheit zur Stellungnahme gem. § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG bis zum XX.XX.XXXX zugesendet. Dem Länderausschuss wurde die beabsichtigte Festlegungsänderung am 16.11.2023 vorgestellt und Gelegenheit zur Stellungnahme gem. § 60a Abs. 2 S. 1 EnWG gegeben. Das Benehmen mit dem Länderausschuss wurde am xx.xx.2023 nach § 54 Abs. 3 S. 2 EnWG hergestellt.

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

ENTWURF

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, welche 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.¹

I. 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 Verfahrenssouveränität 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 Ge-

¹ 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.

richtshof 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.

II. 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.

III. 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.² 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.³ 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.⁴ Dieser Grundsatz gilt jedoch nur, soweit unmittelbar anwendbares Unionsrecht betroffen ist.⁵ Die normative Regulierung verstößt nicht gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht. Die hier maßgeblichen Richtlinienbestimmungen über die ausschließliche Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde, mit denen die Vorgaben der normativen Regulierung unvereinbar sind, sind nicht unmittelbar anwendbar.

IV. Damit eine Richtlinienbestimmung unmittelbar angewendet werden kann, müssen spezifische Voraussetzungen vorliegen.⁶ 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

² BGH, Beschluss vom 08.10.2019, EnVR 58/18, Rn. 61 ff.

³ Verbot der contra legem-Auslegung, BGH, Beschluss vom 08.10.2019, EnVR 58/18, Rn. 66 ff.

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

⁵ EuGH, Urteil vom 24.06.2019, C-573/17, Rn. 62.

⁶ Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, 71. EL August 2020, Art. 288 Rn. 149.

Vorgaben statuieren, sondern lediglich abstrakt Aufgaben und Befugnisse einer Behörde regeln.⁷ 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.⁸ 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.⁹

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.¹⁰ 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 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.¹¹ Zwar mag sich vorliegend aus

⁷ BGH, Beschluss vom 08.10.2019, EnVR 58/18, Rn. 71.

⁸ vgl. Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2009/72/EG bzw. Erwägungsgrund 29 der Richtlinie 2009/73/EG.

⁹ vgl. EuGH vom 02.09.2021 Schlussanträge v. 14.01.2021, Rechtssache C-718/18, Rz. 88.

¹⁰ vgl. BGH, Beschluss vom 08.10.2019, EnVR 58/18, Rn. 73.

¹¹ EuGH, Urteil vom 11.08.1995, C-431/92 – Wärmekraftwerk Großkrotzenburg.

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.¹²

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 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.

¹² so auch BGH, Beschluss vom 08.10.2019, EnVR 58/18, Rn. 76.

III.

Rechtsgrundlage für den Änderungsbeschluss ist § 29 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 EnWG i.V.m. § 118 Abs. 46a EnWG.

1. Formelle Rechtmäßigkeit des Änderungsbeschlusses

Als Ausgangsbehörde für die Festlegung BK4-22-089 ist die Bundesnetzagentur auch für den Änderungsbeschluss zuständig.

Das Bundeskartellamt sowie die Landesregulierungsbehörden wurden gemäß § 55 Abs. 1 S. 2 EnWG über die Einleitung des Verfahrens benachrichtigt. Darüber hinaus wurde ihnen unter dem XX.XX.XXXX Gelegenheit zur Stellungnahme gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG gegeben. Dem Länderausschuss wurde der Sitzung vom 16.11.2023 gemäß § 60a EnWG ebenfalls Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Am xx.xx.2023 wurde mit dem Länderausschuss das Benehmen nach § 54 Abs. 3 S. 2 EnWG hergestellt.

2. Änderungsbeschluss gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG i.V.m. § 29 Abs. 1 EnWG, § 118 Abs. 46a EnWG

Die Voraussetzungen für einen Änderungsbeschluss gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG i.V.m. § 29 Abs. 1 EnWG und §§ 118 Abs. 46a EnWG liegen vor. Gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG ist die Regulierungsbehörde befugt, Festlegungen zu ändern, die von ihr getroffen wurden, soweit dies erforderlich ist, um sicherzustellen, dass sie weiterhin die Voraussetzungen für eine Festlegung oder Genehmigung erfüllen.

Bei dem Ausgangsbescheid handelt es sich um eine Festlegung im Sinne des § 29 Abs. 1 EnWG, die aufgrund der Regelung des § 118 Abs. 46a EnWG - getroffen wurde.

Die Änderung ist gemäß § 29 Abs. 2 EnWG auch erforderlich, um die Voraussetzungen für die nach § 29 Abs. 1 EnWG, § 118 Abs. 46a erlassene Festlegung weiterhin sicherzustellen, weil die vom Gesetzgeber bezweckte Flexibilisierung der Netznutzung auch bis zum Ablauf des Jahres 2025 notwendig ist. 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.¹³ Vorliegend hat sich die Einschätzung der Regulierungsbehörde geändert:

Anknüpfungspunkt für den festgestellten Anpassungsbedarf sind insoweit neuere Erkenntnisse, die sich aus der praktischen Umsetzung der Festlegung im Jahr 2023 nach den Berichten der Netzbetreiber und Verbände ergeben haben (vgl. Ziffer I.).

a) Änderung der Tenorziffer 4:

Die Maßgabe der Tenorziffer 4, wonach eingesparte Mengen am Spotmarkt einer Strombörse vermarktet werden müssen, wird gestrichen. Damit trägt die Beschlusskammer dem Umstand Rechnung, dass Letztverbraucher nicht zwingend ihren gesamten Strombedarf aus

¹³ vgl. BGH Beschl. v. 12.07.2016, Az. EnVR 15/15, S. 10 f.

Langfristverträgen decken, sondern einen Teil ihrer Last auch aus kurzfristig am Spotmarkt erworbenen Mengen. Soweit Letztverbraucher nach Maßgabe der Tenorziffer 4 auf hohe Strombörsenpreise reagieren, kann sich dies auch in einer Reduktion der sonst am Spotmarkt erworbenen Menge äußern. Ein etwaiger Vermarktungsnachweis ist dann nicht mehr möglich.

Um Missbrauch und Mitnahmeeffekte zu verhindern, muss eine ex-post Prüfung der Reaktion auf hohe Strombörsenpreise möglich sein. Aus diesem Grund hat die Beschlusskammer einen Absatz zur Nachweisobliegenheit in der Tenorziffer 4 ergänzt. Als Nachweis genügt demnach der Beleg der Vermarktung der eingesparten Menge am Spotmarkt einer Strombörse. Sofern sich die Einsparung – wie oben beschrieben – nicht in einer Vermarktung von Mengen am Spotmarkt äußert, muss der Letztverbraucher die vorab getroffene Entscheidung einer Stromverbrauchsreduktion in anderer geeigneter Weise dokumentieren. Als solche Dokumentationen können E-Mails dienen, mit denen die Stromverbrauchsreduktion für einen nach Tenorziffer 4 maßgeblichen Zeitraum innerbetrieblich angeordnet und gegenüber dem Anschlussnetzbetreiber am Vortag angekündigt werden. Unerheblich ist dann, ob der Netzbetreiber Spotmarktgeschäfte unmittelbar selbst vornimmt oder dies über einen Dienstleister geschieht.

b) Änderung zur Laufzeit Tenorziffer 6:

Die Festlegung wird entsprechend der bereits im Ausgangsbescheid vorgesehenen Verlängerungsmöglichkeit in Tenorziffer 6 bis zum 31.12.2025 verlängert. Die Beschlusskammer sieht auch über das Jahr 2023 hinaus die Erforderlichkeit der Regelungen als Grundlage für die Hebung von Flexibilitätspotentialen zu Gunsten der Systemstabilität. Insofern kann weitestgehend auf die Begründung zur Festlegung BK4-22-089 verwiesen werden. Mit der Verlängerung bis zum 31.12.2025 wird der durch den Gesetzgeber eröffnete zeitliche Rahmen für die Festlegung voll ausgereizt, um Letztverbrauchern die größtmögliche Planungssicherheit für Investitionen in die Schaffung der erforderlichen Flexibilität zu geben.

3. 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. Die Regulierungsbehörde hat nach § 29 Abs. 2 S. 1, 2 EnWG die Befugnis, von Amts wegen oder auf Antrag die von ihr nach § 29 Abs. 1 EnWG festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden zu ändern, um sicherzustellen, dass diese angemessen und nichtdiskriminierend sind. Die Änderung steht im Ermessen der Behörde, ein Anspruch besteht grundsätzlich nicht.¹⁴ Die Beschlusskammer sieht es als verhältnismäßig an, den Ausgangsbescheid in dem genannten Umfang für die Zukunft anzupassen.

Die Maßnahme ist erforderlich, da kein anderes Mittel ersichtlich ist, das in gleicher oder sogar besserer Weise geeignet wäre, den mit der Entscheidung verfolgten Zweck zu erreichen, aber den Betroffenen und die Allgemeinheit weniger belastet. Im Hinblick auf die aktuell noch bestehende volatile Versorgungslage stellt das Auslaufenlassen der Festlegung kein geeignetes Mittel dar, um eine Anreizschaffung zur Verstärkung netzdienlichen Verhaltens weiterhin zu ermöglichen. Vielmehr bleibt die Schaffung der Möglichkeit netzdienliches Verhalten anzureizen erforderlich.

¹⁴ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.05.2016, Az. VI – 3 Kart 174/14 (V), S. 28.

Die erfolgte Anpassung ist schließlich auch angemessen, da die den Letztverbrauchern gewährten Ausnahmen von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 2 - 4 StromNEV die Hebung von systemdienlichen Flexibilitätspotentialen anreizen soll. Dies kommt letztlich nicht nur dem gesamten System der Energieversorgung, sondern auch der Gesamtheit der hierdurch finanziell stärker belasteten Netznutzer zugute.

Hierbei hat die Bundesnetzagentur auch dem Ausnahmecharakter dieser Regelung Rechnung getragen. Mit der Änderung werden vorliegend auch klare Voraussetzungen geschaffen, die keine flächendeckende Abkehr von der Bandlast und der damit einhergehenden Netzstabilität darstellt.

Dadurch, dass die Nebenbestimmung der diskriminierungsfreien Vermarktung der eingesparten Strommenge an einem Spot-Markt einer Strombörse (EPEX Spot oder Nordpool) gestrichen wurde, wird der Anwendungsbereich der Festlegung zum einen erweitert. Andererseits werden durch diese Änderungsfestlegung Nachweispflichten implementiert, die eine missbräuchliche Nutzung verhindern und den Ausnahmecharakter in Bezug auf die umfassenden Zeitfenster verdeutlichen.

Die Erweiterung des zeitlichen Anwendungsbereiches der Festlegung auf den 31.12.2025 ist ebenfalls angemessen. Hierdurch wird zum einen die Planungssicherheit der adressierten Letztverbraucher gestärkt. Zum anderen wird auf die aktuell und prognostiziert erhöhten Strompreise sowie auf die angespannte Versorgungslage reagiert.