## Beschlusskammer 8

Aktenzeichen: BK8-19/07471-01

# Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren nach § 29 Abs. 1 EnWG, § 32 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 4 Abs. 4 S. 1 Nr. 1a, § 32 Abs. 1 Nr. 2 ARegV (analog)

**wegen** **Genehmigung des Regulierungskontosaldos 2018 und der Verteilung durch Zu- und Abschläge auf die Erlösobergrenzen der Kalenderjahre 2020 bis 2022**

hat die Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

durch den Vorsitzenden Karsten Bourwieg,
den Beisitzer Bernd Petermann
und den Beisitzer Stefan Albrecht,

auf Antrag der TenneT Offshore 9. Beteiligungsgesellschaft mbH, Bernecker Straße 70, 95448 Bayreuth, vertreten durch die Geschäftsführung

**- Antragstellerin -**

am 15.12.2021 beschlossen:

1. Der Regulierungskontosaldo für das Jahr 2018 sowie die Verteilung durch Zu- bzw. Abschläge auf die Offshore-Umlage nach § 17f EnWG der Jahre 2020 bis 2022 der Antragstellerin werden gemäß **Anlage 1** dieses Beschlusses genehmigt. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

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

## Gründe

### I. Sachverhalt

Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 30.06.2019 einen Antrag auf Genehmigung der Zu- bzw. Abschläge aus dem Regulierungskonto des Jahres 2018 gemäß § 4 Abs. 4 S. 1 Nr. 1a i.V.m. § 34 Abs. 4 ARegV gestellt.

Der Gesetzgeber hat entschieden, dass die Offshore-Kosten ab dem 01.01.2019 kein Bestandteil der Erlösobergrenzen mehr sind. Am 30.06.2017 hat der Bundestag das Netzentgeltmodernisierungsgesetz (NEMoG) beschlossen. Dieses sieht unter anderem vor, dass ab Beginn der dritten Regulierungsperiode (01.01.2019) sämtliche Kosten für die Anbindung von Offshore-Anlagen – Errichtung und Betrieb – nicht mehr über die Netzentgelte, sondern über den in § 17f EnWG geregelten Belastungsausgleich als Aufschlag auf die Netzentgelte (sog. Offshore-Umlage) refinanziert werden sollen. Dabei hat es der Gesetzgeber aber versäumt eine Übergangsregelung für die Regulierungskontosalden der sogenannten Offshore-Gesellschaften zu schaffen.

Ein Ansatz dieser Regulierungskontosalden in den Erlösobergrenzen der Offshore-Gesellschaften scheidet künftig aus. Folgerichtig hat die Beschlusskammer eine Festlegung der Erlösobergrenzen 2020 bis 2022 für die Offshore-Gesellschaften nicht mehr vorgenommen. Ein Aufschlag der aus dem Regulierungskontosaldo resultierenden Auf und Zuschläge ist somit nicht mehr möglich. Daher erfolgt eine Berücksichtigung im Rahmen der Offshore-Umlage.

Die Beschlusskammer hat der Antragstellerin gemäß § 67 Abs. 1 EnWG mit Schreiben vom 17.11.2021 Gelegenheit gegeben, sich zu der beabsichtigten endgültigen Entscheidung der Beschlusskammer zu äußern. Die Antragstellerin hat unter anderem mit Schreiben vom 23.11.2021 Stellung genommen.

Die Landesregulierungsbehörde, in deren Gebiet der Netzbetreiber seinen Sitz hat, wurde gemäß § 55 Abs. 1 EnWG über die Einleitung des Verfahrens informiert. Das Bundeskartellamt und die Landesregulierungsbehörde wurden gemäß § 58 Abs.1 S. 2 EnWG beteiligt.

Im Übrigen wird auf die 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. Eine Rechtsgrundlage für den Beschluss liegt vor. Der Beschluss ist formell und materiell rechtmäßig.

### 1. 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 herange-

zogen. 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 (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.).

## 1.1 Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs

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 und nicht der nationalen Regulierungsbehörde zugewiesen habe.

## 1.2 Reichweite der Entscheidung

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. Der EuGH hat sich insbesondere auch nicht explizit zu der Frage geäußert, ob die Richtlinienbestimmungen über die ausschließliche Zuständigkeit unmittelbar anwendbar sind.

### 1.3 Keine Nichtigkeit des nationalen Rechts

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 (BGH, Beschluss vom 08.10.2019, EnVR 58/18, Rn. 61 ff.). 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 sowohl in der an die Bundesregierung gem. § 24 EnWG erfolgten Zuweisung von Zuständigkeiten, als auch in den bindenden Vorgaben der normativen Regulierung eine mit den oben genannten Richtlinien unvereinbare Beschränkung der ausschließlichen Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde (EuGH a.a.O., Rz. 101 f., 115 f.). 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 (Verbot der contra legem-Auslegung, BGH, Beschluss vom 08.10.2019, EnVR 58/18, Rn. 66 ff.).

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 (vgl. Streinz, EUV, 3. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 40; Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV, Rn. 69 f.). Dieser Grundsatz gilt jedoch nur, soweit unmittelbar anwendbares Unionsrecht betroffen ist (EuGH, Urteil vom 24.06.2019, C-573/17, Rn. 62). Die normative Re-

gulierung 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.

### 1.4 Keine unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie

Damit eine Richtlinienbestimmung unmittelbar angewendet werden kann, müssen spezifische Voraussetzungen vorliegen (Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, 71. EL August 2020, Art. 288 Rn. 149). 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:

#### 1.4.1 Unionsvorschriften inhaltlich nicht unbedingt

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.

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, die ihr nach den Richtlinien vorbehaltenen Aufgaben vollumfänglich und selbständig auszuüben (vgl. EuGH a.a.O., Rz. 105) beispielsweise also die Methoden oder Bedin-

gungen für den Netzanschluss und den Netzzugang frei festzulegen oder zu genehmigen (vgl. nur § 24 S. 1 Nr. 1 EnWG). Dass es hierzu einer umfassenden mitgliedstaatlichen Aufgabenzuweisung bedarf, entspricht im Übrigen auch dem europäischen Leitbild, wonach die Mitgliedstaaten zur Einrichtung von Regulierungsbehörden mit spezifischen Zuständigkeiten verpflichtet sind (vgl. Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2009/72/EG bzw. Erwägungsgrund 29 der Richtlinie 2009/73/EG). Die Mitgliedstaaten verfügen bei der Organisation und Strukturierung der Regulierungsbehörde zwar über eine Autonomie, haben diese aber unter vollständiger Beachtung der in den Richtlinien festgelegten Ziele und Pflichten auszuüben und insoweit sicherzustellen, dass die Regulierungsbehörde bei der Ausübung der ihr vorbehaltenen Zuständigkeiten ihre Entscheidungen autonom treffen kann (vgl. EuGH, a.a.O., Rz. 119). Dieser Befund wird auch durch das in der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs mündende Vertragsverletzungsverfahren bestätigt: Gegenstand der Rüge durch die Europäische Kommission war nicht die fehlerhafte Ausübung einer nach nationalem Recht bereits ordnungsgemäß zugewiesenen ausschließlichen Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde, sondern der Umstand, dass eine den Richtlinien entsprechende umfassende Aufgabenzuweisung an die nationale Regulierungsbehörde im nationalen Recht bislang nicht erfolgt ist (vgl. EuGH a.a.O., Rz. 88). Vielmehr liegt hier eine fehlerhafte Aufgabenzuweisung vor (EuGH, a.a.O., Rz. 130); diese kann und muss durch den Mitgliedstaat korrigiert werden, der dann die noch möglichen Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten vorsehen kann (EuGH a.a.O., Rz. 126, 127).

### 1.4.2 Belastung Einzelner verboten

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 wiede-

rum 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 (vgl. BGH, Beschluss vom 08.10.2019, EnVR 58/18, Rn. 73).

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. Soweit ersichtlich existiert bislang keine hier einschlägige Judikatur, in der der EuGH es für europarechtskonform eingestuft hätte, dass eine Richtlinienbestimmung als eigenständige Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in Rechte des Einzelnen herangezogen werden darf.

### 1.4.3 Keine objektive unmittelbare Wirkung des Unionsrechts

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

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).

### 1.5 Interessenabwägung

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

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.

## 2. Zuständigkeit

Die Bundesnetzagentur ist gemäß § 54 Abs. 1 und 3 EnWG die zuständige Regulierungsbehörde. Die Zuständigkeit der Beschlusskammer ergibt sich aus § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG.

## 3. Ermittlung der Zu- bzw. Abschläge auf die Offshore-Umlage der Jahre 2020 bis 2022 analog § 5 Abs. 3 ARegV

### 3.1 Ermächtigungsgrundlage

Die Genehmigung der Zu- bzw. Abschläge für die Jahre 2020 bis 2022 erfolgt auf Grundlage des § 29 Abs. 1 EnWG, § 32 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 4 Abs. 4 S. 1 Nr. 1a, § 32 Abs. 1 Nr. 2 ARegV (analog).

Eine unmittelbare Anwendung scheidet aus, da die Offshore-Kosten ab dem 01.01.2019 nicht mehr Bestandteil der Erlösobergrenzen mehr sind. Am 30.06.2017 hat der Bundestag das Netzentgeltmodernisierungsgesetz (NEMoG) beschlossen. Dieses sieht unter anderem vor, dass ab Beginn der dritten Regulierungsperiode (01.01.2019) sämtliche Kosten für die Anbindung von Offshore-Anlagen – Errichtung und Betrieb – nicht mehr über die Netzentgelte, sondern über den in § 17f

EnWG geregelten Belastungsausgleich als Aufschlag auf die Netzentgelte (sog. Offshore-Umlage) refinanziert werden sollen. Eine Übergangsregelung für die Regulierungskontosalden der sogenannten Offshore-Gesellschaften aus den Jahren 2013 bis 2018 gibt es nicht, so dass insoweit eine planwidrige Regelungslücke vorliegt.

Die Regulierungsbehörde genehmigt gemäß §§ 5 Abs. 3 und 34 Abs. 4 ARegV Zu- bzw. Abschläge auf die Erlösobergrenzen der Antragstellerin für die Jahre 2020 bis 2022, die sich aus dem Saldo des Regulierungskontos zum 31.12.2018 ergeben. Die ermittelten Differenzen nach § 5 Abs. 1 ARegV und die Zu- und Abschläge sind gemäß § 5 Abs. 2 ARegV zu verzinsen.

Für die Berechnung der Zu- und Abschläge auf die Erlösobergrenzen wird zunächst der Saldo zum 31.12.2018 ermittelt. Dieser wird sodann um ein Jahr aufgezinst, um zu berücksichtigen, dass die Auflösung des Regulierungskontosaldos erst im Jahre 2020 beginnt.

Der Ausgleich des aufgezinsten Saldos zum 31.12.2018 erfolgt in drei gleichmäßigen Raten ab dem Jahr 2020. Zusätzlich erfolgt eine Verzinsung des im jeweiligen Kalenderjahr durchschnittlich gebundenen Saldos nach § 5 Abs. 2 ARegV. Der Zinssatz für die Aufzinsung im Jahr 2019 und im gesamten Auflösungszeitraum entspricht dem 10-jährigen Durchschnitt der von der Bundesbank veröffentlichten Umlaufsrenditen "festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten" der Kalenderjahre 2009 bis 2018 in Höhe von 1,34 Prozent.

### 3.2 Positionen im Regulierungskonto

Die einzelnen Positionen im Regulierungskonto ergeben sich aus § 5 Abs. 1 ARegV. Für den Elektrizitätsbereich sind dies im Einzelnen:

a) die Differenz zwischen den nach § 4 ARegV zulässigen Erlösen und den von der Antragstellerin unter Berücksichtigung der tatsächlichen Mengenentwicklungen erzielbaren Erlösen (§ 5 Abs. 1 S. 1 ARegV),

b) die Differenz zwischen den tatsächlich entstandenen Kosten nach § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 4, 5 und 8 ARegV und den in der Erlösobergrenze diesbezüglich enthaltenen Ansätzen (§ 5 Abs. 1 S. 2 ARegV),

c) die Differenz zwischen den tatsächlich entstandenen Kosten nach § 11 Abs. 5 ARegV i.V.m. der Festlegung volatiler Kosten nach § 11 Abs. 5 ARegV zur Berücksichtigung von Verlustenergiekosten in der zweiten Regulierungsperiode und den in der Erlösobergrenze diesbezüglich enthaltenen Ansätzen (§ 5 Abs. 1 S. 2 ARegV) bzw. der entsprechenden freiwilligen Selbstverpflichtung nach § 11 Abs. 4 S. 2 ARegV,

d) die Differenz zwischen den bei effizienter Leistungserbringung entstehenden Kosten des Messstellenbetriebs oder der Messung und den in der Erlösobergrenze diesbezüglich enthaltenen Ansätzen, soweit diese Differenz durch Änderungen der Zahl der Anschlussnutzer, bei denen Messstellenbetrieb oder Messung durch die Antragstellerin durchgeführt wird, oder durch Maßnahmen nach § 21b Abs. 3a und 3b EnWG a.F. sowie nach § 18b StromNZV a.F. verursacht wird (§ 5 Abs. 1 S. 3 ARegV in der Fassung vom 26.07.2016),

e) die Differenz zwischen den entstandenen tatsächlichen Kapitalkosten aus genehmigten Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV und den in der Erlösobergrenze enthaltenen Plankosten für genehmigte Investitionsmaßnahmen, sowie

f) Differenz der tatsächlichen Kosten der Übertragungsnetzbetreiber für Entschädigungen nach § 15 Abs. 1 EEG, die die Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 EEG erfüllen und den in der Erlösobergrenze diesbezüglich enthaltenen Ansätzen.

### 3.2.1 Differenz zwischen zulässigen Erlösen und erzielbaren Erlösen

Gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 ARegV ist die Differenz der zulässigen Erlöse und der von der Antragstellerin unter Berücksichtigung der tatsächlichen Mengenentwicklung erzielbaren Erlöse im Regulierungskonto zu erfassen.

#### 3.2.1.1 Zulässige Erlöse

Die zulässigen Erlöse bestimmen sich gemäß § 4 ARegV. Dabei sind die gemäß § 4 Abs. 1 und 2 ARegV bestimmten Erlösobergrenzen nach Maßgabe von § 4 Abs. 3 bis 5 ARegV kalenderjährlich von der Antragstellerin anzupassen.

Dies umfasst insbesondere die zulässige Anpassung der jeweiligen kalenderjährlichen Erlösobergrenze in Folge von Änderungen des Verbraucherpreisgesamtindexes nach § 8 ARegV (§ 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 ARegV) sowie Änderungen von dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteilen nach § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 bis 8, 8b bis 11 und 12a bis 17 ARegV sowie § 11 Abs. 2 S. 2 und 4 ARegV (§ 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 ARegV).

Soweit die Beschlusskammer die Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode erst nach Beginn der Regulierungsperiode festgelegt hat, ist hinsichtlich der zulässigen Erlöse des jeweiligen Jahres auf die von der Beschlusskammer festgelegte kalenderjährliche Erlösobergrenze abzustellen. Die vom Netzbetreiber im Rahmen der Anpassung der Erlösobergrenzen angesetzten Werte sind für die betreffenden Kalenderjahre insoweit zu korrigieren.

Kosten oder Erlöse aus der erforderlichen Inanspruchnahme von genehmigten Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV (§ 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 ARegV), aus Entschädigungen nach § 15 Abs. 1 EEG, die die Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 EEG erfüllen (§ 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 17 ARegV) können auf Basis von Planwerten vorgenommen werden und fließen im Rahmen eines Plan-Ist-Abgleichs in das Regulierungskonto ein.

##### 3.2.1.1.1 Änderungen des Verbraucherpreisgesamtindexes nach § 8 ARegV (§ 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 ARegV)

Hinsichtlich der Anpassung der Erlösobergrenze ist die Änderung des Verbraucherpreisgesamtindexes nach § 8 ARegV zu berücksichtigen. Hierfür ist für das Jahr 2017 gemäß § 8 S. 2 ARegV der Verbraucherpreisgesamtindex des Jahres 2015 in Höhe von 106,9 zu verwenden.

#### 3.2.1.1.2 Änderungen von dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteilen nach § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 bis 3 und 9 bis 12 ARegV (§ 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, 1. HS ARegV)

Kosten aus gesetzlichen Abnahme- und Vergütungspflichten (Nr. 1), Betriebssteuern (Nr. 3), betrieblichen und tarifvertraglichen Vereinbarungen zu Lohnzusatz- und Versorgungsleistungen, soweit diese in der Zeit vor dem 31. Dezember 2008 abgeschlossen worden sind (Nr. 9), der im gesetzlichen Rahmen ausgeübten Betriebs- und Personalratstätigkeit (Nr. 10), der Berufsausbildung und Weiterbildung im Unternehmen und von Betriebskindertagesstätten für Kinder der im Netzbereich beschäftigten Betriebsangehörigen (Nr. 11) wurden vom Netzbetreiber gemäß § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, 1. HS ARegV jeweils auf die im vorletzten Kalenderjahr entstandenen Kosten angepasst.

#### 3.2.1.2 Erzielbare Erlöse

Gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 ARegV ist die Differenz zwischen den nach § 4 ARegV zulässigen Erlösen und den von der Antragstellerin unter Berücksichtigung der tatsächlichen Mengenentwicklung erzielbaren Erlösen im Regulierungskonto zu erfassen. Die erzielbaren Erlöse ergeben sich aus den Ausgleichszahlungen den anderen Übertragungsnetzbetreiber.

Die Antragstellerin hat die zur Ermittlung des Regulierungskontosaldos erforderlichen tatsächlich erzielten Erlöse des jeweiligen abgelaufenen Kalenderjahres im Rahmen ihrer Mitteilungspflichten nach § 28 Nr. 2 a.F. ARegV sowie im Rahmen der Antragstellung der Beschlusskammer mitgeteilt.

Nach Prüfung der mitgeteilten Daten durch die Beschlusskammer ergeben sich die in den **Anlagen 2** dargestellten erzielbaren Erlöse.

### 3.2.2 Differenz aus Kosten nach § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 4, 5 und 8 ARegV

Nach § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 ARegV erfolgt eine Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenze jeweils zum 01. Januar eines Kalenderjahres bei einer Änderung von dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteilen nach § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 4, 5

und 8 ARegV auf Basis des Kalenderjahres, auf das die Erlösobergrenze Anwendung finden soll.

Die diesbezüglich in dem jeweiligen Erlösobergrenzenjahr enthaltenen Planansätze sind den in diesem Kalenderjahr tatsächlich entstandenen Kosten gegenüberzustellen. Die so ermittelte Differenz ist im Regulierungskontosaldo gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 ARegV zu berücksichtigen.

Die Antragstellerin hat für die Kalenderjahre 2018 die tatsächlich entstandenen Kosten gemäß § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 4, 5 und 8 ARegV für

a) die erforderliche Inanspruchnahme vorgelagerter Netzebenen,

b) die Nachrüstung nach SysStabV

c) die Auszahlung vermiedener Netzentgelte

d) Investitionsmaßnahmen

e) Kosten der Übertragungsnetzbetreiber

übermittelt.

In den **Anlagen 2** werden diese Werte den von der Beschlusskammer ermittelten Werten gegenübergestellt.

### 3.2.3 Differenz aus Kosten nach § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 ARegV (Investitionsmaßnahmen)

Die Antragstellerin hat nach Maßgabe des § 23 ARegV Anträge auf Genehmigung von Investitionsmaßnahmen gestellt, welche von der Beschlusskammer 4 genehmigt wurden. Die aus diesen Projekten resultierenden Kapitalkosten wurden als Plankosten in der Erlösobergrenze berücksichtigt.

Die Antragstellerin hat nach Maßgabe des § 23 ARegV Anträge auf Genehmigung von Investitionsmaßnahmen gestellt, welche von der Beschlusskammer 4 genehmigt wurden. Die aus diesen Projekten resultierenden Kapitalkosten wurden als Plankosten in der Erlösobergrenze berücksichtigt. Die Beschlusskammer 4 hat der Antragstellerin das Ergebnis der Ist-Kostenabrechnung mitgeteilt. Die erzielbaren

Erlöse im Regulierungskonto sind um die Differenz aus Plan- und Ist-Kosten anzupassen. Anlagen im Bau sind im Jahresanfangsbestand nicht zu berücksichtigen. Die Entscheidung beruht auf den rechtskräftigen Entscheidungen der Beschlusskammer 4 vom 02.05.2012 (Az. BK4-12-656) und vom 30.11.2016 (Az. BK4-12-656A01). Dem steht auch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 10.11.2015 (EnVR 42/14) nicht entgegen.

### 3.3 Ausgleich des Regulierungskontosaldos

Der ermittelte Saldo wird annuitätisch über drei Jahre durch Zu- und Abschläge auf die Auflösung aller offenen Kalenderjahre verteilt.

Der Saldo des Regulierungskontos zum 31.12.2018 wird durch die Einzelbeträge hinsichtlich

a) der Abweichung zwischen zulässigen und erzielbaren Erlösen gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 ARegV,

b) der Abweichung zwischen den tatsächlichen Kosten nach § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 bis 6a, 8, 13, 16 und 17 ARegV und den in der kalenderjährlichen Erlösobergrenze enthaltenen Ansätzen gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 ARegV, sowie

c) den veränderten Kosten aus Messstellenbetrieb oder Messung im Sinne des § 5 Abs. 1 S. 3 und 4 ARegV

bestimmt. Diese Differenzbeträge werden gemäß § 5 Abs. 2 ARegV verzinst.

Der **Anlage 2** sind die unverzinsten Differenzen zu entnehmen. Die Verzinsung erfolgt gemäß § 5 Abs. 2 ARegV auf Grundlage des jährlich durchschnittlich gebundenen Betrags. Dieser ergibt sich aus dem Mittelwert von Jahresanfangs- und Jahresendbestand. Der anzuwendende Zinssatz entspricht dem auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogenen Durchschnitt der von der Deutschen Bundesbank veröffentlichten Umlaufsrendite festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten (1,34 %). Die sich danach für die Jahre 2020 bis 2022 ergebenden Zu- bzw. Abschläge sind **Anlage 1** zu entnehmen.

### 4. Berücksichtigung etwaiger nachträglicher Korrekturen der Erlösobergrenze 2018 auf Grund von Gerichtsentscheidungen

Da der Saldo des Regulierungskontos zum 31.12.2018 und seine Verteilung auf die Kalenderjahre 2020 bis 2022 mit diesem Beschluss abschließend bestimmt werden, könnten nachträgliche Korrekturen der kalenderjährlichen Erlösobergrenze 2018 im Fall einer Bestandskraft dieser Entscheidung nicht mehr berücksichtigt werden. Daher wird die Beschlusskammer notwendige Korrekturen der Erlösobergrenze 2018 im Rahmen einer Aufhebung und Neubescheidung berücksichtigen. Korrekturen können durch gerichtliche Entscheidungen [redacted] vor dem OLG Düsseldorf [redacted] veranlasst sein.

## III. Rückwirkende Festlegung

Die rückwirkende Festlegung der Auflösung des Regulierungskontosaldos nach dem 01.01.2020 ist zulässig.

Der sachliche Grund für das Absehen von einer Festlegung bereits im Jahr 2019 liegt u.a. darin begründet, dass in zahlreichen Fällen für die Prüfung des Regulierungskontos vorgreifliche Verfahren der zweiten Regulierungsperiode (Erweiterungsfaktoren, Netzübergänge etc.) noch nicht abgeschlossen waren. Zur Wahrung einer einheitlichen Prüfungspraxis hat die Beschlusskammer daher von einer frühzeitigen Genehmigung der Regulierungskonten abgesehen.

Die rückwirkende Festlegung in Bezug auf die Umlage 2020 und 2021 verstößt insbesondere nicht gegen § 21a Abs. 5 S. 4 EnWG. Das Regulierungskonto wird gem. § 5 Abs. 1 S. 1 und 5 ARegV ohnehin primär durch den Netzbetreiber geführt. Durch den stets vor dem 30.06. eines Kalenderjahres der Regulierungsperiode veröffentlichten Erhebungsbogen zum Regulierungskonto war der Netzbetreiber stets rechtzeitig zur Preisbildung (01.01. des Folgejahres) in der Lage, die preisbildenden Bestandteile aus der Auflösung des Regulierungskontos für sich zu bestimmen und konnte diese somit seiner Umlagebildung der Jahre 2020 und 2021 zu Grunde legen.

Durch die Veröffentlichung der Hinweise zur Anpassung der Erlösobergrenze waren dem Netzbetreiber dabei auch die wesentlichen Rechtspositionen der Beschlusskammer im Hinblick auf die Berücksichtigung bzw. Nichtberücksichtigung bestimmter Kosten als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile i.S.d. § 11 Abs. 2 ARegV bekannt.

Die Systematik der ARegV sieht einen festlegungsfreien Zeitraum nicht vor. Die Festlegung der Auflösungsbeträge aus dem Regulierungskonto für die Jahre 2020 und 2021 hätte danach grundsätzlich im Jahr 2019 erfolgen sollen. Gleichwohl ist eine rückwirkende Festlegung zulässig. Nach Art. 37 Abs. 10 der Richtlinie 2009/73/EG sind die Regulierungsbehörden befugt, vorläufig geltende Übertragungs- und Verteilungstarife festzulegen oder zu genehmigen und über geeignete Ausgleichsmaßnahmen zu entscheiden, falls sich die Festlegung der Tarife verzögert. Wenn aber vorläufige Regelungen im Zusammenhang mit der Festlegung der Erlösobergrenze für ein Kalenderjahr zulässig sind, muss auch eine rückwirkende endgültige Festlegung von Erlösobergrenzen zulässig sein (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. September 2016, VI-3 Kart 175/14 [V], Rn. 118 ff., juris).

Angesichts der dargestellten Umstände erachtet die Beschlusskammer die rückwirkende Festlegung als vom Ermessen gedeckt.

Vorliegend überwiegt das Interesse der Allgemeinheit an der (rückwirkenden) Festlegung zur Auflösung der Regulierungskontosalden. Die gegen die rückwirkende Festlegung sprechenden Prinzipien des Vertrauensschutzes hat die Beschlusskammer demgegenüber im konkreten Fall als nachrangig bewertet.

Dem Netzbetreiber war zudem vorab bekannt, dass eine Festlegung der Beschlusskammer zur Genehmigung des Regulierungskontosaldos erfolgen wird und insoweit eine nachträgliche Korrektur der Umlage der Jahre 2020 und 2021 erfolgen kann. Bereits mit den Hinweisen für die Festlegung der Erlösobergrenzen für das Jahr 2020 hat die Beschlusskammer darauf hingewiesen, dass, sofern noch keine Bescheidung des gestellten Antrags erfolgt ist, der Antragswert oder der Wert einer vorläufigen Anordnung für die Anpassung anzusetzen ist.

Die Entscheidung ist auch verhältnismäßig. Die Entscheidung dient dem Zweck, entsprechend den Vorgaben des EnWG, der ARegV und der StromNEV für die

Jahre 2020 und 2021 Auflösungsbeträge aus dem Regulierungskontosaldo festzulegen. Die rückwirkende Festlegung ist hierzu geeignet, insbesondere werden dadurch folgerichtige Saldierungen in den Jahren 2020 und 2021 ermöglicht. Die rückwirkende Festlegung ist auch erforderlich, da ein gleich geeignetes, milderes Mittel nicht zur Verfügung steht. Die Entscheidung ist schließlich auch angemessen. Das Interesse des Netzbetreibers, für den Zeitraum der Rückwirkung keinen weiteren Vorgaben gemäß dieses Beschlusses zu unterliegen, muss aus Sicht der Beschlusskammer hinter dem Interesse der Allgemeinheit an einer sicheren, preisgünstigen und effizienten leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität zurückstehen. Die zahlreichen nachträglichen Korrekturen einzelner Unternehmen im Verwaltungsverfahren zeigen zudem, dass es vielfach auch im Interesse der Netzbetreiber selbst ist, nachträglich noch eine Entscheidung zu treffen.

## IV. Gebühren

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

## V. Anlagenverweis

Die **Anlagen 1 bis 2** sind Bestandteil dieses Beschlusses.

**Anlage 1** Auflösungsplan und Auszug

**Anlage 2** Vergleich der Werte von Netzbetreiber und BNetzA

## Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist bei der Bundesnetzagentur (Hausanschrift: Tulpenfeld 4, 53113 Bonn) einzureichen. Es genügt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist bei 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, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten. Die Beschwerdeschrift und Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

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

| | | |
|---|---|---|
| Vorsitzender | Beisitzer | Beisitzer |
| Bourwieg | Petermann | Albrecht |

## Auszug des Regulierungskontos für 2018
## - Herleitung des Saldo und Auflösungsplan-

| Rechtsgrundlage | Beschreibung | | 2018 [EUR] |
|---|---|---|---|
| § 5 Abs. 1 Satz 2 ARegV | Kapitalkosten aus genehmigten Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV | tatsächlich entstandene Kosten | [redacted] |
| | | in EOG enthaltene Ansätze | [redacted] |
| | | **Differenz** | [redacted] |
| § 5 Abs. 1 Satz 2 ARegV | Kosten der Übertragungsnetzbetreiber nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 15 und 16 ARegV und FSV IBV | tatsächlich entstandene Kosten | [redacted] |
| | | in EOG enthaltene Ansätze | [redacted] |
| | | **Differenz** | [redacted] |
| | | **Summe aus Einzeldifferenzen** | **-44.251.472** |

| Verzinsung und Auflösung des Regulierungskontos | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| **Bezeichnung** | **2018 [EUR]** | **2019 [EUR]** | **2020 [EUR]** | **2021 [EUR]** | **2022 [EUR]** |
| Jahresanfangsbestand ( = Vorjahressaldo) | | -44.547.957 | | | |
| Endbestand (= Saldo aus Einzeldifferenzen) | -44.251.472 | -44.547.957 | | | |
| **Mittelwert aus Jahresanfangs- und Jahresendbestand** | -22.125.736 | -44.547.957 | | | |
| Anzuwendender Zinssatz gemäß § 5 Abs. 2 ARegV | 1,34% | 1,34% | 1,34% | 1,34% | 1,34% |
| Verzinsung | -296.485 | -596.943 | | | |
| Saldo Regulierungskonto ( = Jahresendbestand + Verzinsung) | -44.547.957 | -45.144.899 | | | |
| **Annuitätische Berücksichtigung in der Erlösobergrenze** | | | **-15.350.535** | **-15.350.535** | **-15.350.535** |
| Auswirkung auf die Erlösobergrenze | | | Mehrerlös (EOG-mindernd) | | |

## Vergleich der Netzbetreiberangaben und der von der Bundesnetzagentur ermittelten Werte gem. § 5 Abs. 1 ARegV des Jahres 2018

| Rechtsgrundlage | Beschreibung | | Angaben des Netzbetreibers [EUR] | Bundesnetz-agentur [EUR] | Abweichungen zu angesetzten Werten [EUR] |
|---|---|---|---|---|---|
| § 5 Abs. 1 Satz 2 ARegV | Kapitalkosten aus genehmigten Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV | tatsächlich entstandene Kosten | [redacted] | | |
| | | in EOG enthaltene Ansätze | | | |
| | | **Differenz** | | | |
| § 5 Abs. 1 Satz 2 ARegV | Kosten der Übertragungsnetzbetreiber nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 15 und 16 ARegV und FSV IBV | tatsächlich entstandene Kosten | [redacted] | | |
| | | in EOG enthaltene Ansätze | | | |
| | | **Differenz** | | | |
| | | **Summe aus Einzeldifferenzen** | [redacted] | | |

**Einzelaufstellung der Unterschiede der Netzbetreiberangaben und der von der Bundesnetzagentur ermittelten Werte gem. § 5 Abs. 1 ARegV des Jahres 2018**

| E6 - Kapitalkosten aus genehmigten Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV | | | | |
|---|---|---|---|---|
| Aktenzeichen [BK4-JJ-XXX] - BNetzA- | Projektname - BNetzA - | Investitionsmaßnahmen (Ist-Kapitalkosten) | | |
| | | Angabe Netzbetreiber [EUR] | Bundesnetz-agentur [EUR] | Abweichung [EUR] |
| BK4-10-207 | Netzanbindung HelWin2 | [redacted] | | |
| BK4-10-208 | Maßnahmenpaket OS 16, DolWin2 | | | |
| | | Summe der Abweichungen | | -44.006.450 |