



Bundesnetzagentur

## Beschlusskammer 8

– Entwurf –

### Aktenzeichen:

Bund	<b>BK8-22/003-A</b>
OL Berlin	<b>BK8-22/004-A</b>
OL Brandenburg	<b>BK8-22/005-A</b>
OL Bremen	<b>BK8-22/006-A</b>
OL Schleswig-Holstein	<b>BK8-22/007-A</b>

## BESCHLUSS

In dem Verwaltungsverfahren nach § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 4a, § 11 Abs. 5 ARegV

wegen **der Festlegung volatiler Kosten nach § 11 Abs. 5 ARegV zur Berücksichtigung von Verlustenergiekosten in der vierten Regulierungsperiode**

hat die Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn, in eigener Zuständigkeit und in Wahrnehmung der Aufgaben für die Länder Berlin, Brandenburg, Bremen und Schleswig-Holstein,

durch

den Vorsitzenden     Karsten Bourwieg,  
den Beisitzer         Wolfgang Wetzl  
und den Beisitzer     Stefan Albrecht,

am [REDACTED] beschlossen:

1. Alle Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen im hier genannten Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur im Sinne des § 3 Nr. 3 EnWG werden ab der vierten Regulierungsperiode, beginnend am 01.01.2024, verpflichtet, die Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen gemäß § 4 Abs. 3 Nr. 3 ARegV derart vorzunehmen, dass die Differenz der Verlustenergiekosten zwischen dem Basisjahr für die vierte Regulierungsperiode ( $VK_0$ ) und den ansatzfähigen Verlustenergiekosten, die sich aufgrund der vorgegebenen Berechnungsmethodik kalenderjährlich ( $VK_t$ ) ergeben, als volatile Kosten berücksichtigt werden.
2. Der ansatzfähige Planwert der Verlustenergiekosten des jeweiligen Kalenderjahres ergibt sich aus dem Produkt des Referenzpreises und der ansatzfähigen Menge. Die Berechnung des Referenzpreises erfolgt anteilig aus dem Baseload-Preis (61 %) und dem Peakload-Preis (39 %). Der Baseload-Preis ergibt sich dabei als tagesgenauer Durchschnittspreis aller im Zeitraum 01.07.t-2 bis 30.06.t-1 gehandelten Phelix-Year-Futures (Baseload) für das Lieferjahr t. Der Peakload-Preis ergibt sich als tagesgenauer Durchschnittspreis aller im Zeitraum 01.07.t-2 bis 30.06.t-1 gehandelten Phelix-Year-Futures (Peakload) für das Lieferjahr t. Der Durchschnittspreis für die Jahre 2024-2028 wird auf Basis des Phelix-DE- Year-Future gebildet.
3. Die ansatzfähige Menge ergibt sich aus dem im Rahmen der Bestimmung des Ausgangsniveaus nach § 6 Abs. 1 ARegV anerkannten Wert des Basisjahres 2021. Die ansatzfähige Menge wird für die Dauer der vierten Regulierungsperiode festgesetzt. Eine jährliche Anpassung der ansatzfähigen Menge findet nicht statt.
4. Ein Ist-Abgleich findet nicht statt.
5. Ein Widerruf bleibt vorbehalten.
6. Die Festlegung ist bis zum 31.12.2028 befristet.

## Gründe

### I.

- 1 Die Beschlusskammer trifft mit der vorliegenden Festlegung eine Entscheidung zur Berücksichtigung von Verlustenergiekosten als volatile Kosten für die vierte Regulierungsperiode.
- 2 Als Verlustenergie wird die zum Ausgleich physikalisch bedingter Netzverluste benötigte Energie bezeichnet. Unter Verlustenergiekosten fallen damit Kosten der Beschaffung gemäß § 10 Abs. 1 StromNZV bzw. der Festlegung des Ausschreibungsverfahrens für Verlustenergie und des Verfahrens zur Bestimmung der Netzverluste gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 6 StromNZV i.V.m. § 10 StromNZV der Bundesnetzagentur (BK6-08-006) vom 21.10.2008.
- 3 Gemäß § 11 Abs. 5 S. 2 ARegV gelten beeinflussbare und vorübergehend nicht beeinflussbare Kostenanteile, deren Höhe sich in einem Kalenderjahr erheblich von der Höhe des jeweiligen Kostenanteils im vorhergehenden Kalenderjahr unterscheiden, als volatile Kostenanteile, sofern dies die Regulierungsbehörde gemäß § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV festgelegt hat. Die Verordnung nennt die Beschaffung von Verlustenergie als Regelbeispiel.
- 4 Für die Beschaffung der Verlustenergie durch Unternehmen mit mehr als 100.000 Kunden hat die Bundesnetzagentur am 21.10.2008 eine Entscheidung erlassen (Az.: BK6-08-006). Positive Kostenbeeinflussungsmöglichkeiten im Sinne einer Senkung der Beschaffungskosten für die Verlustenergie verbleiben unter Beachtung der Vorgaben der Beschlusskammer 6 insbesondere bei folgenden Punkten:
  - Ausschreibungszeitpunkte und -zeiträume
  - Losgröße der Langfristkomponente
  - Freistellung der Bildung von Ausschreibungsgemeinschaften
  - Band- oder Profilbeschaffung.
- 5 Durch volatile Energieeinkaufspreise kann es grundsätzlich zu Kostenschwankungen bei der Beschaffung von Verlustenergie kommen, die zu deutlichen Kostenüberdeckungen oder Kostenunterdeckungen führen können. Deshalb ist es erforderlich, dass die Verlus-

tenergiekosten jährlich angepasst werden können. Da der Netzbetreiber aber einen Einfluss auf die Höhe der Beschaffungskosten hat, ist es zwingend erforderlich, die Kosten einer Effizienzkontrolle zu unterziehen.

- 6 Durch Mitteilung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur am 12.05.2022 und im Amtsblatt 10/2022 vom 25.05.2022 hat die Beschlusskammer die Einleitung eines Verfahrens nach § 29 Abs. 1 EnWG in Verbindung mit § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV und § 11 Abs. 5 ARegV veröffentlicht. Die Konsultation desselben ist am 07.12.2022 eingeleitet worden.
- 7 Den betroffenen Wirtschaftskreisen wurde Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Entwurf des Festlegungstextes bis zum [REDACTED] gegeben. Neben der Stellungnahme des [REDACTED] sind Stellungnahmen von insgesamt [REDACTED] Netzbetreibern eingegangen. Die Beschlusskammer hat alle bis zum Zeitpunkt der Entscheidung vorliegenden Stellungnahmen ausgewertet und abgewogen. Die Stellungnahmen enthalten insbesondere folgende wesentlichen Aspekte: [REDACTED]
- 8 Die Bundesnetzagentur hat am 12.05.2022 die Landesregulierungsbehörden gemäß § 55 Abs. 1 S. 2 EnWG über die Einleitung des Verfahrens informiert und diesen am [REDACTED] gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG Gelegenheit zur Stellungnahme zu der beabsichtigten Festlegung gegeben. Dem Bundeskartellamt wurde ebenfalls am [REDACTED] gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG Gelegenheit zur Stellungnahme zu der beabsichtigten Festlegung gegeben.
- 9 Der Festlegungsentwurf wurde auch dem Länderausschuss übermittelt. Dieser erhielt in der Sitzung vom [REDACTED] Gelegenheit zur Stellungnahme gemäß § 60a Abs. 2 S. 1 EnWG.
- 10 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

## II.

11 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**

12 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 (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**

13 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**

- 14 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**

- 15 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.
- 16 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.).
- 17 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 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.

#### **1.4 Keine unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie**

18 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**

19 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.

20 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 Aufga-

ben vollumfänglich und selbständig auszuüben (vgl. EuGH a.a.O., Rz. 105) 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).

21 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**

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

- 23 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**

- 24 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).
- 25 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**

- 26 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).
- 27 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.
- 28 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

- 29 Die Festlegung volatiler Kosten nach § 11 Abs. 5 ARegV zur Berücksichtigung von Verlustenergiekosten in der vierten Regulierungsperiode nach § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV fällt gemäß § 54 Abs. 1 und 2 EnWG in die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur. Hinsichtlich der Festlegung unter dem Aktenzeichen BK8-22/003-A handelt die Bundesnetzagentur in eigener Zuständigkeit, da Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen betroffen sind, an deren Elektrizitätsversorgungsnetzen mindestens 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar angeschlossen sind oder deren Elektrizitätsversorgungsnetz über das Gebiet eines Landes hinausreicht.
- 30 Hinsichtlich der Festlegung unter dem Aktenzeichen BK8-22/004-A handelt die Bundesnetzagentur in Wahrnehmung ihrer Aufgaben für das Land Berlin gemäß dem „Verwaltungsabkommen über die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben nach dem Energiewirtschaftsgesetz“ zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Land Berlin vom 25.10./17.12.2005 (Bekanntmachung ABl. Berlin Nr. 12 vom 17.03.2006, in Kraft seit dem 18.03.2006) i.V.m. dem Gesetz zur Ausführung des Energiewirtschaftsgesetzes vom 06.03.2006 (Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin Nr. 10 vom 18.03.2006).
- 31 Hinsichtlich der Festlegung unter dem Aktenzeichen BK8-22/005-A handelt die Bundesnetzagentur in Wahrnehmung ihrer Aufgaben für das Land Brandenburg gemäß dem „Verwaltungsabkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Land Brandenburg über die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben nach dem Energiewirtschaftsgesetz“ vom 27.11./09.12.2013 (Bekanntmachung ABl. Brandenburg Nr. 16/25 vom 17.03.2014, in Kraft seit dem 18.03.2014) i.V.m. dem Gesetz zum Verwaltungsabkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Land Brandenburg über die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben nach dem Energiewirtschaftsgesetz vom 14.03.2014 (Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Brandenburg Nr. 16/25 vom 17.03.2014).
- 32 Hinsichtlich der Festlegung unter dem Aktenzeichen BK8-22/006-A handelt die Bundesnetzagentur in Wahrnehmung ihrer Aufgaben für das Land Bremen gemäß dem „Verwaltungsabkommen über die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben nach dem Energiewirtschaftsgesetz“ zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Freien Hansestadt Bremen vom 18.03./03.04.2014 i.V.m. dem Gesetz zu dem Verwaltungsabkommen über die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben nach dem Energiewirtschaftsgesetz vom 22. Juli 2014 (Bekanntmachung: GBl. der Freien Hansestadt Bremen Nr. 78/2014, S. 343 ff. vom 28.07.2014; Gesetz und Verwaltungsabkommen sind seit dem 29.07.2014 in Kraft).

- 33 Hinsichtlich der Festlegung unter dem Aktenzeichen BK8-22/007-A handelt die Bundesnetzagentur in Wahrnehmung ihrer Aufgaben für das Land Schleswig-Holstein gemäß dem „Verwaltungsabkommen über die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben nach dem Energiewirtschaftsgesetz“ zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Land Schleswig-Holstein vom 11.08.2015/07.09.2015 (Bekanntmachung als Anlage zum Gesetz zum Verwaltungsabkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Land Schleswig-Holstein über die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben nach dem Energiewirtschaftsgesetz durch die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen: Gesetz- und Verordnungsblatt für Schleswig-Holstein Nr. 14/2015 vom 29.10.2015, S. 342 f.; in Kraft seit dem 30.10.2015).
- 34 Die Zuständigkeit der Beschlusskammer ergibt sich aus § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG.

### **3. Ermächtigungsgrundlage**

- 35 Die Festlegung beruht auf § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV. Danach kann die Regulierungsbehörde Festlegungen zu den Bereichen treffen, die nach § 11 Abs. 5 ARegV als volatile Kostenanteile gelten, insbesondere zum Verfahren, mit dem den Netzbetreibern oder eine Gruppe von Netzbetreibern Anreize gesetzt werden, die gewährleisten, dass volatile Kostenanteile nur in effizientem Umfang in der Erlösbergrenze berücksichtigt werden, sowie zu den Voraussetzungen, unter denen Kostenanteile als volatile Kostenanteile nach § 11 Abs. 5 ARegV gelten.
- 36 Der Widerrufsvorbehalt in Ziff. 5 des Tenors beruht auf § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG.
- 37 Die Befristung in Ziff. 6 des Tenors beruht auf § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG.

### **4. Formelle Rechtmäßigkeit**

- 38 Die formellen Anforderungen an die Rechtmäßigkeit der Festlegung sind erfüllt. Die Beschlusskammer hat den betroffenen Netzbetreibern und den von dem Verfahren betroffenen Wirtschaftskreisen gemäß § 67 Abs. 1, 2 EnWG Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Beschlusskammer hat die zuständigen Landesregulierungsbehörden, den Länderausschuss und das Bundeskartellamt gemäß §§ 55, 58 und 60a EnWG über die Einleitung des Verfahrens informiert und Möglichkeiten zur Stellungnahme gegeben.

## **5. Materielle Rechtmäßigkeit**

39 Die Voraussetzungen für den Erlass dieser Festlegung liegen vor. Die Festlegung zu den volatilen Kostenanteilen für Verlustenergiekosten erfüllt die Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV. Zudem ist sie ist geeignet, erforderlich und angemessen.

### **5.1 Ausgestaltung der Festlegung zu volatilen Kostenanteilen (Tenor zu 1. und 2.)**

40 Nach § 32 Abs. 1 ARegV kann die Regulierungsbehörde Festlegungen im Rahmen der Anreizregulierung treffen, wenn sie der Verwirklichung eines effizienten Netzzugangs und der in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Zwecke dienen.

41 Die vorliegende Festlegung zu volatilen Kostenanteilen dient der Verwirklichung eines effizienten Netzzugangs gemäß § 32 Abs. 1 ARegV sowie §§ 20 - 21a EnWG, indem sie zuverlässige Rahmenbedingungen für die betroffenen Netzbetreiber hinsichtlich der sachgerechten Berücksichtigung von Kosten für Verlustenergie schafft. So wird die Gefahr massiver Über- oder Unterdeckungen bei den stark volatilen Beschaffungskosten für Verlustenergie minimiert. Damit wird dem Ziel eines langfristig angelegten, leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen Rechnung getragen. Ferner wird der Ansatz des § 21 Abs. 2 EnWG, Anreize für eine effiziente Leistungserbringung zu setzen, konsequent angewendet. Gleichzeitig erfüllt die Festlegung volatile Kosten den Zweck gem. § 1 Abs.1 EnWG auf eine preisgünstige, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Energieversorgung hinzuwirken, indem Anreize gesetzt werden, die eigenen Verlustenergiekosten des Netzbetriebs zu reduzieren und die Energieeffizienz des Netzbetriebs zu erhöhen.

42 Mit dem Tenor zu 1. und 2. wird das Verfahren zum Umgang mit den Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie als volatile Kostenanteile festgelegt.

43 Gemäß § 11 Abs. 5 ARegV gelten Kosten für die Beschaffung von Treibenergie als volatile Kostenanteile. Andere beeinflussbare oder vorübergehend nicht beeinflussbare Kostenanteile, insbesondere Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie, deren Höhe sich in einem Kalenderjahr erheblich von der Höhe des jeweiligen Kostenanteils im vorhergehenden Kalenderjahr unterscheiden kann, gelten als volatile Kostenanteile, soweit die Regu-

lierungsbehörde dies nach § 32 Absatz 1 Nummer 4a festgelegt hat. Auch in der Begründung zu § 11 Abs. 5 werden insbesondere die Verlustenergiekosten als Netzbetriebskosten, die starken Schwankungen unterliegen können, genannt (BR Drs. 310/10(B), S. 17). Die Beschlusskammer 8 sieht die Preise für die Beschaffung von Verlustenergie als volatil an, da diese a) in Verfahren beschafft werden müssen, die an den Börsenpreis gekoppelt sind und b) im Rahmen des Transports- und der Verteilung von Erneuerbarer Energie auch durch das Wetter beeinflusst werden können. Dies kann zu erheblichen Schwankungen führen. Daher gibt die Festlegung die nachfolgend dargestellte Methode zur Bestimmung der ansatzfähigen Kosten vor.

- 44 Der Verteilernetzbetreiber passt seine Erlösobergrenze gemäß § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 ARegV für volatile Kostenanteile nach § 11 Abs. 5 ARegV jeweils zum 01.01. eines Kalenderjahres selbstständig an. Entsprechend Anlage 1 zur ARegV passt er sie um die Differenz zwischen den Kosten der Verlustenergiebeschaffung des Basisjahres (VK0) und den Verlustenergiekosten, die sich aufgrund der vorgegebenen Berechnungsmethodik ergeben (VKt), an. Die Kosten gemäß der Berechnungsmethodik ergeben sich aus der Multiplikation des jährlichen Referenzpreises mit der ansatzfähigen Verlustenergiemenge, wie sie sich aus der Erlösobergrenzenfestlegung ergibt.

#### Referenzpreis

- 45 Aus einem 12-monatigen Zeitraum (01.07. bis 30.06.) wird jeweils für das Folgejahr auf Basis von Börsenpreisen der Durchschnitt sämtlicher Tagespreise dieses Zeitraums ermittelt. Der Referenzpreis  $RP_t$  für das Jahr t ergibt sich aus den durchschnittlichen Phelix-Year-Future-Settlement-Preisen des Zeitraums 01.07.t-2 bis 30.06.t-1 für das Lieferjahr t. Dabei wird für den gesamten Zeitraum der vierten Regulierungsperiode (2024-2028) die deutsche Preiszone und damit der Phelix-DE-Year-Future in Bezug genommen.
- 46 Die Berechnung des Referenzpreises erfolgt anteilig aus dem Base-Preis (61 %) und dem Peak-Preis (39 %). Die Bundesnetzagentur hat – wie bereits im Rahmen der Festlegung volatiler Kosten für Verlustenergiebeschaffung der zweiten und dritten Regulierungsperiode – die tatsächlichen Preise für die Beschaffung von Verlustenergie, die von den Verteilernetzbetreibern im Regelverfahren zum 30.06.2022 im Rahmen der Datenabfrage für die Bestimmung des Ausgangsniveaus für die vierte Regulierungsperiode übermittelt wurden, ausgewertet. Die Auswertung umfasst insgesamt 96 Regelverfahren in der Zuständigkeit der Bundesnetzagentur.

47 Der Betrachtungszeitraum betrug drei Jahre und umfasste somit die Jahre 2019 bis 2021. Die Jahre 2017 und 2018 wurden nicht mit einbezogen, da in diesem Zeitraum für viele Netzbetreiber noch übergangsweise ein anderes Verfahren („freiwillige Selbstverpflichtung Verlustenergie“) bestand und diese Jahre daher nicht hinreichend repräsentativ waren. Der Betrachtungszeitraum ergab eine Gewichtung von 61% Base-Preis und 39% Peak-Preis. Dieses Gewichtungsverhältnis wird somit für diese Festlegung zugrunde gelegt.

48 *[Anm. BK8: es ist – wie bereits im Rahmen der dritten Regulierungsperiode – beabsichtigt, die Grundlagen der Auswertung nach Abschluss des Verfahrens auf der Internetseite der Bundesnetzagentur transparent darzulegen.]*

49 *[Platzhalter Link Datengrundlage Auswertung]*

50 Die im Rahmen der Kostenprüfung genannten Kosten der in die Berechnung einbezogenen Netzbetreiber in den Jahren 2019 bis 2021 bilden die Basis für die Berechnung des Base-Peak-Verhältnisses. Bei der Berechnung wurde auf den Median abgestellt, da dieser robuster gegenüber Ausreißern ist. Eine weitere Bereinigung um Ausreißer wurde dementsprechend nicht mehr vorgenommen. Da im Rahmen der Analyse auf die von den Verteilnetzbetreibern angegebenen, tatsächlichen Preise für die Beschaffung von Verlustenergie abgestellt wurde, sind aus Sicht der Beschlusskammer auch sämtliche Kosten, die im Zusammenhang mit der Beschaffung von Verlustenergie stehen, abgedeckt.

51 So erreicht die Beschlusskammer eine möglichst große Annäherung an die Preise der insgesamt regulierten Unternehmen. Eine vollständige Abbildung aller zusätzlichen und ersparten Aufwendungen des Einzelfalls sowie möglicher Lieferausfälle kann bei der Bildung eines Referenzpreises keine Berücksichtigung finden. Die Bildung der Referenz auf Basis von Preisen für tägliche Ausschreibungen dient der Vereinfachung und einer möglichst realen Abbildung der Preisentwicklung.

52 Der Base- und der Peak-Preis errechnen sich aus dem (ungewichteten) Durchschnitt der an der European Energy Exchange AG (EEX) gehandelten und veröffentlichten Tagespreise

$$RP_t = 0,61 * Base_t[01.07. (t - 2); 30.06. (t - 1)] + 0,39 * Peak_t[01.07. (t - 2); 30.06. (t - 1)]$$

wobei

$$Base_t[01.07. (t - 2); 30.06. (t - 1)] =$$



Tagesgenauer (ungewichteter) Durchschnittspreis, aller im Zeitraum 01.07.t-2 bis 30.06.t-1 gehandelten Phelix-Year-Futures (Baseload) für das Lieferjahr  $t$

und

$Peak_t[01.07.(t - 2); 30.06.(t - 1)] =$

Tagesgenauer (ungewichteter) Durchschnittspreis, aller im Zeitraum 01.07.t-2 bis 30.06.t-1 gehandelten Phelix-Year-Futures (Peakload) für das Lieferjahr  $t$ .

- 53 Der Referenzpreis aus tatsächlichen Kosten für Verlustenergie der Vergangenheit macht keine Vorgaben für eine bestimmten Beschaffungsstrategie. Vielmehr ist der Netzbetreiber frei, im Rahmen der Vorgaben der Festlegung BK6-08-006 die Verlustenergie effizient zu beschaffen. Es ist weder geboten noch notwendig, dass jeder Netzbetreiber auf genau dieser Basis die tatsächliche Beschaffung vornimmt.

#### Ansatzfähige Menge

- 54 Die Verlustenergiemenge wird mit dem im Rahmen der Bestimmung des Ausgangsniveaus nach § 6 Abs. 1 ARegV anerkannten Wert des Basisjahres 2021 für die Dauer der vierten Regulierungsperiode festgesetzt. Eine jährliche Anpassung der Mengenkompone-  
nente findet nicht statt. Um den Netzbetreibern einen Anreiz zu geben, die Verlustenergie weiter zu optimieren, hält die Beschlusskammer es demnach weiterhin für geboten, die Verlustenergiemenge – entsprechend der Festlegung volatile Kosten Verlustenergie für die zweite und dritte Regulierungsperiode – auf den anerkannten Wert des Basisjahres 2021 zu fixieren. Die Betrachtung der vergangenen Jahre aller Netzbetreiber im Regelverfahren in der Zuständigkeit der Bundesnetzagentur hat gezeigt, dass die benötigten Mengen dieser Netzbetreiber tendenziell konstant bleiben. Jedenfalls belegen die Zahlen keine Steigerung der Verlustenergiemenge. Dies trifft – mit wenigen Ausnahmen – auch auf Netzbetreiber zu, in deren Netzgebiet in den letzten Jahren ein erheblicher Zubau dezentraler Erzeugungsanlagen stattgefunden hat. Diese Tendenz bestätigt die Vorgehensweise der zweiten und dritten Regulierungsperioden und zeigt, dass eine Anreizwirkung durchaus gegeben ist. Im Hinblick auf eine sich derzeit weder abzeichnende noch belegte potentielle Umkehr dieser Tendenz verweist die Beschlusskammer auf den Widerrufsvorbehalt nach Tenorziffer 5.
- 55 Der Ansatz – wie von Unternehmen vielfach im Rahmen der letzten Regulierungsperioden gefordert – bei der Fixierung nicht die im Rahmen der Kostenprüfung festgestellte Menge

des Basisjahres heranzuziehen ist aus Sicht der Beschlusskammer nicht sachgerecht. Durch die Prüfung soll – wie durch die Fixierung der Menge – ein Anreiz zur Erhöhung der Energieeffizienz der Netzbetreiber in Wahrnehmung ihrer Versorgungsaufgabe erreicht werden. Dieser ist auch im Verlauf der zweiten und dritten Regulierungsperiode sichtbar geworden, so dass das Argument einer fehlenden Beeinflussbarkeit der Menge nicht nachvollzogen werden kann. Sofern sich die Kritik auf die Feststellung der Menge als solche richtet, ist dies eine Frage der Kostenprüfung, nicht eine der Festlegung volatiler Kosten nach § 11 Abs. 5 ARegV. Die Beschlusskammer hält daher an dem Ansatz der Fixierung der im Rahmen der Kostenprüfung festgestellte Menge des Basisjahres fest.

- 56 Eine Aufteilung der Verlustenergiemengen bei Teilnetzübergängen ist eine Entscheidung, die nur im jeweiligen Verfahren nach § 26 ARegV vorgenommen werden kann und vorrangig der Einigung der beteiligten Netzbetreiber unterliegt.

#### Anpassung der Erlösobergrenze

- 57 Die Erlösobergrenze wird durch den Verteilernetzbetreiber jährlich um die Differenz  $D$  aus den im Rahmen der Bestimmung des Ausgangsniveaus nach § 6 Abs. 1 ARegV festgestellten Verlustenergiekosten  $KVE_{gen.}$  und den für das jeweilige Jahr ansatzfähigen Kosten angepasst:

$$D_t = RP_t \cdot M_{gen.} - KVE_{gen.}$$

- 58 Differenzen zwischen den tatsächlichen Beschaffungskosten und den ansatzfähigen Kosten darf der Verteilernetzbetreiber als Bonus behalten bzw. sind durch den Verteilernetzbetreiber als Malus zu tragen.

- 59 Die Berücksichtigung des Referenzpreises dient dazu, zusätzliche Anreize gemäß § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV zu setzen. Die oben dargestellte Festsetzung des Referenzpreises stellt eine Beschaffungspreisobergrenze dar. Dagegen beeinflussen die tatsächlichen Verlustenergiekosten als Teil der beeinflussbaren und vorübergehend nicht beeinflussbaren Kostenanteile gemäß § 12 bis 14 ARegV den Effizienzwert nach § 12 ARegV. Der festgesetzte Referenzpreis stellt keine Zielvorgabe in Sinne des Effizienzvergleichs dar, sondern legt einen Beschaffungspreis für die Bewertung der Verlustenergiekosten fest, der, ähnlich wie beim Qualitätselement, zu einem Bonus (Malus) beim Unterschreiten (Überschreiten) des Referenzpreises führt. Aufgrund der in dieser Festlegung gesetzten Rahmenbedingungen ist zudem gewährleistet, dass die im Rahmen des Gesamtkosten-

effizienzvergleichs ermittelten Ineffizienzen in den Verlustenergiekosten durch Optimierung der Beschaffung oder der Mengen abgebaut werden können. Insofern steht die Berücksichtigung der Verlustenergiekosten im Effizienzvergleich dieser Festlegung der Verlustenergiekosten als volatile Kostenanteile nicht entgegen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 01.10.2014 – VI-3 Kart 62/13 (V)).

## **5.2 Ist-Abgleich (Tenor zu 4)**

60 Differenzen zwischen dem im Kalenderjahr entstandenen Kosten nach § 11 Abs. 5 ARegV i.V.m. dieser Festlegung und den diesbezüglich in der Erlösobergrenze enthaltenen Ansätzen sind gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 ARegV jährlich auf dem Regulierungskonto zu verbuchen.

61 Aufgrund der Ausgestaltung der volatilen Kosten für Verlustenergie ist eine Differenzbildung nach § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV nicht vorgesehen. Differenzen zwischen den tatsächlichen Beschaffungskosten und den ansatzfähigen Kosten darf der Verteilernetzbetreiber als Bonus behalten bzw. sind durch den Verteilernetzbetreiber als Malus zu tragen, wodurch der Anreiz zu einer effizienten Verlustenergiebeschaffung entstehen soll.

## **5.3 Widerrufsvorbehalt (Tenor zu 5)**

62 Die Beschlusskammer behält sich gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG den Widerruf dieser Festlegung vor. Der Widerrufsvorbehalt tritt neben die Änderungsmöglichkeiten nach § 29 EnWG und §§ 48, 49 VwVfG Bund. Er schafft einen konstitutiven Widerrufsgrund. Die Beschlusskammer behält sich den Widerruf ausdrücklich vor, sofern vorgetragen und nachweisbar ist, dass durch die Entwicklungen der Elektrifizierung und der Elektromobilität sowie durch den erheblichen Zubau dezentraler Erzeugungsanlagen netzbetreiberübergreifend erhebliche Änderungen der Verlustenergiemengen innerhalb der vierten Regulierungsperiode eintreten und eine Anpassung der Festlegung erforderlich machen. Die Beschlusskammer trägt damit den bereits im Rahmen der dritten Regulierungsperiode berücksichtigten Sorgen der Unternehmen weiterhin Rechnung, in denen eine weitgehende Entwicklung der Verlustenergiemengen vorhergesagt wird.

## **5.4 Befristung der Festlegung (Tenor zu 6)**

63 Die Festlegung ist gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG bis zum 31.12.2028 und damit für die Dauer der vierten Regulierungsperiode befristet. Die Befristung ergibt sich aus dem Bezug auf die geprüften Mengen der Verlustenergie des Basisjahres. Zudem wird so der

Zeitraum, in dem die Berechnung der Preise festgelegt wird, durch die Beschlusskammer begrenzt.

## **6. Ermessen**

- 64 Bei der Ausgestaltung der Festlegung steht der Regulierungsbehörde ein Entscheidungsspielraum zu.
- 65 Die Beschlusskammer hat von ihrem Aufgreifermessen Gebrauch gemacht. Sie hat sich zum Erlass der Festlegung entschlossen, um mithilfe der Festlegung die Beschaffung der Verlustenergie einer Effizienzkontrolle zu unterziehen und diese in einem einheitlichen Verfahren zu verwirklichen.
- 66 Die Beschlusskammer hat zur Ausgestaltung ihres Ermessens ein geeignetes Mittel gewählt. Durch die Vorgabe der Berechnung des Preises und der Fixierung der Menge der zu beschaffenden Verlustenergie wird gewährleistet, dass die Kosten dafür nur in effizientem Umfang in der Erlösobergrenze berücksichtigt werden. Die Beschlusskammer hat sich insbesondere dazu entschieden, für die Ermittlung des Gewichtungverhältnisses alle vergleichbaren Regelverfahren heranzuziehen. Die Auswahl der Unternehmen ist repräsentativ auch für Netzbetreiber, die am vereinfachten Verfahren teilnehmen. Strukturelle Unterschiede der Größe, die auf die Verlustenergie bei der Aufgabenwahrnehmung wirken, sind nicht ersichtlich. Die Beschaffung von Verlustenergie durch kleine Netzbetreiber kann durchaus gebündelt durchgeführt werden, was nach Kenntnissen der Beschlusskammer auch praktiziert wird, so dass auch hier keine Größennachteile entstehen. Die Unternehmen haben die gesetzliche Pflicht zur effizienten Beschaffung.
- 67 Darüber hinaus bringt die Beschlusskammer den Median der betrachteten Werte zur Anwendung. Dieses Vorgehen misst Ausreißern nach oben oder unten weniger Gewicht bei und stellt damit eine geeignete Datenbasis dar. Außerdem müssen sich sämtliche Netzbetreiber, auch solche im vereinfachten Verfahren, an denselben Maßstäben, insbesondere den Effizienzmaßstäben messen lassen wie Netzbetreiber im Regelverfahren. Andernfalls wäre die durch die Anreizregulierung angestrebte Wettbewerbsanalogie nicht zu erreichen. Die Festlegung ist zudem erforderlich und angemessen.
- 68 Mit der vorliegenden Festlegung zu volatilen Kosten liegt eine sach- und interessengerechte Regelung vor. Ein gleich geeignetes, milderer Mittel ist nicht verfügbar. Die Festlegung stellt keinen übermäßigen Eingriff in die Rechte der Netzbetreiber dar. Dies wird

insbesondere dadurch gestützt, dass die Bundesnetzagentur die tatsächlichen Preise für die Beschaffung von Verlustenergie, die von den Verteilernetzbetreibern im Regelverfahren in Zuständigkeit der Bundesnetzagentur zum 01.07.2022 im Rahmen der Datenabfrage für die Bestimmung des Ausgangsniveaus für die vierte Regulierungsperiode übermittelt wurden, ausgewertet hat. Insgesamt wurden für die Auswertung 96 Einzelwerte herangezogen. Die Auswahl der Berechnungsbasis „Jahre 2019 bis 2021“ erhöht die Stetigkeit der Ergebnisse bzw. verbessert die Repräsentativität der gefundenen Ergebnisse. Die Jahre 2017 und 2018 waren aufgrund der noch enthaltenen Verfahren mit abweichender Regelung („Freiwillige Selbstverpflichtung Verlustenergie“) nicht hinreichend repräsentativ und daher nicht heranzuziehen. Auf dieser Datengrundlage ergab sich ein Median für den Anteil des Baseload-Preises von 61% und 39% für den Anteil des Peakload-Preises.

- 69 Die Beschlusskammer verwendet zur Bestimmung des oben genannten Verhältnisses den Median der ausgewerteten Daten. Dies dient einerseits der besseren Abbildung des Einflusses kleinerer Netzbetreiber. Zudem gewährleistet dieses Vorgehen, dass Ausreißern nach oben als auch nach unten weniger Gewicht beigemessen wird. Die Berücksichtigung von Ausreißern kann ein Ergebnis schnell verfälschen, sodass eine Bereinigung um Ausreißer erforderlich ist. Die Identifizierung von Ausreißern ist wiederum bis zu einem gewissen Grad individuell und von den betrachteten Daten abhängig. Um eine aufwendige Ausreißeranalyse der betrachteten Zeiträume zu vermeiden, wird der Median verwendet, da er in dieser Hinsicht robuster gegenüber Ausreißern ist.
- 70 Die Verlustenergiemenge wird auf den festgestellten Wert des Basisjahres 2021 fixiert. An § 27 Abs. 1 Nr. 6 StromNZV wird deutlich, dass ein Verfahren zur Bestimmung der Netzverluste und damit zur Bestimmung von effizienten Verlustenergiemengen geregelt werden kann. Demzufolge kann auch hier erst Recht eine Regelung der Mengenkompone nte zur Schaffung eines Anreizes geregelt werden. Dies ist gerade auch deshalb sachgerecht, da die Verlustenergiemenge mindestens langfristig durch den Netzbetreiber beeinflusst werden kann. Dadurch besteht für die Netzbetreiber der Anreiz, die Verlustenergiemenge weiter zu senken.
- 71 Für die bisher nicht vorhersehbaren Entwicklungen des Strommarktes behält die Beschlusskammer sich ausdrücklich eine Änderung des Vorgehens vor.

- 72 Die im Rahmen der Bestimmung des Ausgangsniveaus gemäß § 6 Abs. 1 ARegV festgestellten Verlustenergiekosten des Basisjahres 2021 unterliegen dem Effizienzvergleich nach §§ 12 bis 14 ARegV.
- 73 Gemäß § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV werden mit dieser Festlegung somit ausreichende Anreize zu einem effizienten Verhalten geschaffen. Kostenänderungen können in effizienter Höhe in der Erlösbergrenze berücksichtigt werden.

### III.

Da die Festlegung gegenüber einer Vielzahl betroffener Netzbetreiber erfolgt, nimmt die Beschlusskammer, in Ausübung des ihr nach § 73 Abs.1a S. 1 EnWG zustehenden Ermessens, eine öffentliche Bekanntmachung der Entscheidung vor. Die öffentliche Bekanntmachung wird dadurch bewirkt, dass der verfügende Teil der Entscheidung, die Rechtsbehelfsbelehrung und ein Hinweis auf die Veröffentlichung der vollständigen Entscheidung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur im Amtsblatt der Bundesnetzagentur bekannt gemacht werden (§ 73 Abs.1a S. 2 EnWG). Die Entscheidung gilt gemäß § 73 Abs. 1a S. 3 EnWG mit dem Tage als zugestellt, an dem seit dem Tag der Bekanntmachung im Amtsblatt der Bundesnetzagentur zwei Wochen verstrichen sind.

## Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann binnen einer Frist von einem Monat nach Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist schriftlich bei der Bundesnetzagentur (Hausanschrift: Tulpenfeld 4, 53113 Bonn) einzureichen. Es genügt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist hinsichtlich des Verfahrens unter dem Aktenzeichen BK8-18/0001-A (Zuständigkeit Bund) bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf (Hausanschrift: Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf), hinsichtlich des Verfahrens unter dem Aktenzeichen BK8-18/0002-A (Organleihe Berlin) bei dem Kammergericht Berlin (Hausanschrift: Eißholzstr. 30-33, 10781 Berlin), hinsichtlich des Verfahrens unter dem Aktenzeichen BK8-18/0003-A (Organleihe Brandenburg) bei dem Brandenburgischen Oberlandesgericht (Hausanschrift: Gertrud-Piter-Platz 11, 14770 Brandenburg an der Havel), hinsichtlich des Verfahrens unter dem Aktenzeichen BK8-18/0004-A (Organleihe Bremen) bei dem Hanseatischen Oberlandesgericht in Bremen (Hausanschrift: Am Wall 198, 28195 Bremen) und hinsichtlich des Verfahrens unter dem Aktenzeichen BK8-18/0005-A (Organleihe Schleswig-Holstein) bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht (Hausanschrift: Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig).

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 die Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

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

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Bourwieg

Wetzel

Albrecht