



## Beschlusskammer 8

### Beschluss

Aktenzeichen: BK8-23/005-A

In dem Verwaltungsverfahren

wegen **der Feststellung einer wirksamen Verfahrensregulierung; Festlegung eines verbindlichen Anreizsystems für Verlustenergie und die Berücksichtigung der daraus resultierenden Kosten**

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

durch den Vorsitzenden            Karsten Bourwieg,  
den Beisitzer                        Wolfgang Wetzl  
und den Beisitzer                    Bernd Petermann

gegenüber den Übertragungsnetzbetreibern

1. 50Hertz Transmission GmbH, Heidestraße 2, 10557 Berlin, vertreten durch die Geschäftsführung,
2. Amprion GmbH, Robert-Schuman-Straße 7, 44263 Dortmund, vertreten durch die Geschäftsführung,
3. TenneT TSO GmbH, Bernecker Straße 70, 95448 Bayreuth, vertreten durch die Geschäftsführung und der
4. TransnetBW GmbH, Pariser Platz, Osloer Straße 15-17, 70173 Stuttgart vertreten durch die Geschäftsführung,

– Übertragungsnetzbetreiber –

am xx.xx.2023 beschlossen:

1. Der Beschluss BK8-18/0009-A vom 10.10.2018 wird mit Wirkung zum 01.01.2022 aufgehoben.
2. Das Verfahren zur Beschaffung der Verlustenergie für Übertragungsnetzbetreiber unterliegt entsprechend den in den **Anlagen 1 bis 4** zu diesem Beschluss beigefügten freiwilligen Selbstverpflichtungen einer wirksamen Verfahrensregulierung.
3. Die nach Maßgabe der in Tenor zu Ziffer 2.) genannten freiwilligen Selbstverpflichtungen entstehenden Kosten gelten als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile i.S.d. § 11 Abs. 2 S. 2 und 4 ARegV.
4. Die vorstehenden Anordnungen in Tenor Ziffer 2.) und 3.) gelten ab dem 01.01.2022 und sind bis zum 31.12.2028 befristet.

## Gründe

### I.

Die vorliegende Festlegung trifft Feststellungen zu einer wirksamen Verfahrensregulierung, zur Festlegung eines verbindlichen Anreizsystems für Verlustenergie und für die Berücksichtigung der daraus resultierenden Kosten in den Erlösbergrenzen. Die Geschäftstätigkeit der Elektrizitätsübertragung umfasst gem. Art. 46 Abs. 2 d) Richtlinie (EU) 2019/944 (Strombinnenmarktlinie) u.a. die Erhebung aller übertragungsnetzbezogenen Gebühren, einschließlich den Kosten für die Energie für Verluste. Dabei sind den Anliegen der Energieeffizienz beim Betrieb der Strominfrastruktur gem. Art. 15 Abs. 1 S. 1 Richtlinie 2012/27 EU (EED Richtlinie) „gebührend Rechnung zu tragen“.

Mit Verlustenergie werden die zum Ausgleich physikalisch bedingter Netzverluste benötigte Energie und technisch bedingter Stromverbrauch bezeichnet. Unter Verlustenergiekosten fallen Kosten der Beschaffung gemäß § 10 Abs. 1 der Verordnung über den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (Stromnetzzugangsverordnung – StromNZV) bzw. der Festlegung der BNetzA BK6-08-006 vom 21.10.2008 bzgl. des Ausschreibungsverfahrens für Verlustenergie und des Verfahrens zur Bestimmung der Netzverluste gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 6 StromNZV i. V. m. § 10 StromNZV, sowie die Kosten der entsprechenden Bilanzkreisabweichungen.


Technisch bedingte Stromverbräuche sind Bestandteil der Verlustenergiemengen. Kosten für die technisch bedingten Stromverbräuche werden somit im Rahmen dieser FSV als Teil der Verlustenergiekosten behandelt. Kosten für verwaltungsbedingte Betriebsverbräuche werden nicht als Teil der Verlustenergiekosten behandelt. Verluste, die auf Leitungen zur Anbindung von Offshore-Windparks entstehen, sind nicht Gegenstand dieser FSV.

Die Beschaffung von Verlustenergie als Aufgabe aller Netzbetreiber unterliegt im Falle der Übertragungsnetzbetreiber (ÜNB) in besonderer Weise struktureller und saisonaler Besonderheiten. Zu diesen gehören die betrieblichen Anforderungen an die Auslastung der Betriebsmittel sowie die Sicherstellung der europäischen Versorgungssicherheit über die Grenzkuppelkapazitäten.

Die Übertragungsnetzbetreiber nehmen in der deutschen und europäischen Elektrizitätswirtschaft eine systemrelevante Position ein. Nach § 12 EnWG haben sie die Energieübertragung durch das Netz unter Berücksichtigung des Austauschs mit anderen Verbundnetzen zu regeln und mit der Bereitstellung und dem Betrieb ihrer Übertra-

gungsnetze im nationalen und europäischen Verbund zu einem sicheren und zuverlässigen Elektrizitätsversorgungssystem in ihrer Regelzone und zur nationalen Versorgungssicherheit beizutragen.

Auf der Grundlage der von den vier regelzonenverantwortlichen Übertragungsnetzbetreibern vorgelegten Absichtserklärungen und dem Entwurf einer freiwilligen Selbstverpflichtung (FSV) nach § 11 Abs. 2 ARegV hat die Beschlusskammer mit Veröffentlichung im Internet und nachfolgend im Amtsblatt der Bundesnetzagentur vom 26.07.2023 das vorliegende Verfahren eröffnet. Mit Veröffentlichung hat die Beschlusskammer den Übertragungsnetzbetreibern und den berührten Wirtschaftskreisen gemäß § 67 Abs. 1 EnWG die Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

  
Die Übertragungsnetzbetreiber haben im Anschluss eine Festlegung nach § 11 Abs. 2 S. 4 ARegV beantragt und jeweils eine freiwillige Selbstverpflichtung (Anlage) unterzeichnet.

Die Beschlusskammer hat gemäß § 55 Abs. 1 S. 2 EnWG die zuständigen Landesregulierungsbehörden und das Bundeskartellamt über die Einleitung des Verfahrens informiert. Die Behörden konnten gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG Stellung nehmen. Der Länderausschuss wurde gem. § 60a EnWG unterrichtet.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

## II.

Der Beschluss beruht auf der 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 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**

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 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**

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 unbeding 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 unbeding**

Die Richtlinienvorgaben sind nicht unbeding. Eine Unionsvorschrift ist inhaltlich unbeding, 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 unbeding 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 Bedingungen 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 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).

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 unbeding. 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.

### III.

#### 1. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Festlegung ist formell rechtmäßig.

##### 1.1. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur für die vorliegende Festlegung ergibt sich aus § 54 Abs. 1, 1. HS EnWG. Die Bundesnetzagentur ist gemäß § 54 Abs. 1 EnWG auch

die für die Aufhebung einer Festlegung im Sinne des § 13 Abs. 1a Satz 3 i. V. m. § 29 Abs. 1 EnWG zuständige Behörde. Die Zuständigkeit der Beschlusskammer ergibt sich aus § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG.

## **1.2. Ermächtigungsgrundlage**

Die Festlegung beruht auf § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 4 ARegV. Danach kann die Regulierungsbehörde Festlegungen zu den Bereichen treffen, die nach § 11 Abs. 2 S. 2 bis 4 ARegV einer wirksamen Verfahrensregulierung unterliegen.

Die Regelung des § 11 Abs. 2 S. 2 ARegV sieht bei Stromversorgungsnetzen die Möglichkeit vor, Kosten als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile zu behandeln, soweit diese einer wirksamen Verfahrensregulierung unterliegen. Eine wirksame Verfahrensregulierung nach § 11 Abs. 2 S. 4 ARegV liegt vor, soweit eine umfassende Regulierung des betreffenden Bereichs durch vollziehbare Entscheidung der Regulierungsbehörden oder freiwillige Selbstverpflichtungen der Netzbetreiber erfolgt ist und die Regulierungsbehörde dies nach § 32 Abs. 1 Nr. 4 ARegV festgelegt hat.

Dabei ist die freiwillige Selbstverpflichtung vorliegend das richtige Instrument. In ihrer Selbstverpflichtung nehmen die ÜNB untereinander weitergehende Kostenaufteilungsentscheidungen vor. Diese orientieren sich an strukturellen Unterschieden beim Netzbetrieb der vier Übertragungsnetzbetreiber mit Regelzonenverantwortung und erfolgen nach guter fachlicher Praxis (vgl. Anlage 1 zur FSV, Seite 7, Tabelle A1).

Die Aufhebung der Festlegung von 10.10.2018 (Aktenzeichen: BK8-18/0009-A) beruht auf § 29 Abs. 2 S. 2 EnWG.

Die Befristung der Festlegung in der Ziffer 4 des Beschlusstexts beruht auf §§ 3, 32 Abs. 1 Nr. 4 ARegV.

Die Ermächtigungsgrundlagen entsprechen den europarechtlichen Maßgaben aus Art. 18 Abs. 1 und Abs. 3 VO 2019/943 (Strombinnenmarktverordnung).

## **1.3. Beteiligung**

Die Entscheidung beruht auf den freiwilligen Selbstverpflichtungen der Übertragungsnetzbetreiber. Den Übertragungsnetzbetreibern und den vom Verfahren betroffenen Wirtschaftskreisen wurde gem. § 67 EnWG Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Die Beschlusskammer hat gemäß § 55 Abs. 1 S. 2 EnWG die zuständigen Landesregulierungsbehörden und das Bundeskartellamt über die Einleitung des Verfahrens infor-

miert. Die Behörden konnten gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG Stellung nehmen. Der Länderausschuss wurde gemäß § 60a EnWG unterrichtet.

## **2. Materielle Rechtmäßigkeit**

Die Voraussetzungen für den Erlass dieser Festlegung liegen vor. Die Beschlusskammer hat das ihr zustehende Ermessen ausgeübt. Die Festlegung zur wirksamen Verfahrensregulierung ist erforderlich und geboten.

### **2.1. Festlegungszweck**

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.

Die vorliegende Festlegung einer wirksamen Verfahrensregulierung dient der Verwirklichung eines effizienten Netzzugangs gemäß § 32 Abs. 1 ARegV sowie §§ 20 bis 21a EnWG, indem sie zuverlässige Rahmenbedingungen für die betroffenen Übertragungsnetzbetreiber hinsichtlich der sachgerechten Berücksichtigung von Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie mit Anreizen für die Senkung der Kosten schafft. Damit wird dem Ziel eines langfristig angelegten, leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Übertragungsnetzen Rechnung getragen. Ferner wird der Ansatz des § 21 Abs. 2 EnWG, Anreize für eine effiziente Leistungserbringung zu setzen, konsequent angewendet.

### **2.2. Verwirklichung der in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Zwecke**

Die Festlegung dient auch der Verwirklichung der in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Zwecke einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten umweltverträglichen und treibhausgasneutralen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Strom. Bei der vorliegenden Festlegung stehen insbesondere die Ziele einer sicheren, effizienten und umweltverträglichen Versorgung sowie die Sicherung eines langfristig angelegten leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen gemäß § 1 Abs. 2 EnWG im Vordergrund.

### **2.3. Festlegung ist erforderlich und geboten**

Bei der Entscheidung, ob die Beschlusskammer von ihrem Aufgreifermessen Gebrauch macht, hat sie berücksichtigt, dass die Festlegung erforderlich und geboten ist, um den

besonderen Umständen und Kosten der Übertragungsnetzbetreiber durch die Beschaffung von Verlustenergie Rechnung zu tragen.

Bei der Entscheidung zur Ausgestaltung der Festlegung hat die Beschlusskammer das ihr zustehende Auswahlermessen ausgeübt. Die Beschlusskammer geht davon aus, dass mit der vorliegenden FSV für die besondere Situation der Übertragungsnetzbetreiber eine sach- und interessengerechte Regelung vorliegt, die zum einen den berechtigten Interessen der Übertragungsnetzbetreiber an Verlässlichkeit in der Kostenerstattung für wirtschaftlich sehr erheblichen und potentiell sehr volatile Kostenpositionen im Rahmen der ARegV Rechnung trägt. Dies hat sich z.B. im Frühjahr 2017 sowie 2022 gezeigt, was die Beschlusskammer in ihre Überlegungen einbezogen hat.

Zum anderen werden durch die gewählten Mechanismen die Interessen der Netznutzer angemessen berücksichtigt. Insbesondere ist durch die Ausgestaltung dem grundsätzlichen Interesse der Netznutzer Rechnung getragen, dass die Übertragungsnetze kosteneffizient und zugleich leistungsfähig betrieben werden sollen.

Durch den integrierten Anreizmechanismus wird dem Interesse an einer effizienten Bewirtschaftung der Verlustenergie als Eigenverbrauch des Netzes Rechnung getragen und wird in angemessenem Umfang ein Anreiz für Energieeffizienz beim Netzbetrieb gesetzt. Eine weitergehende Risikoexposition der ÜNB hinsichtlich der entstehenden Kosten sieht die Beschlusskammer angesichts der fehlenden Beeinflussbarkeit der dargebots- und marktabhängigen Energieströme und der empirisch nachgewiesenen Volatilitäten als nicht vertretbar an.

Auch die Berücksichtigung der technisch bedingten Stromverbräuche innerhalb der FSV ist geboten. Die mit dem Ausbau der HGÜ- und Offshore-Leitungen künftig ansteigenden technischen Stromverbräuche in den Konverterstationen werden somit angemessen berücksichtigt.

#### **2.4. Aufhebung des Beschlusses vom 10.10.2018 (Aktenzeichen BK8-18/0009-A), mit Wirkung zum 01.01.2022 (Tenor zu Ziffer 1.)**

Die Aufhebung der Festlegung vom 10.10.2018 (Aktenzeichen: BK8-18/0009-A) beruht auf § 29 Abs. 2 S. 2 EnWG. Danach ist die Bundesnetzagentur befugt, die von ihr festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden nachträglich zu ändern, soweit dies erforderlich ist, um sicherzustellen, dass sie weiterhin den Voraussetzungen für eine Festlegung oder Genehmigung genügen.

Die Entscheidung über die Aufhebung liegt im Ermessen der Beschlusskammer. Eine Ausübung des Aufgreifermessens erscheint erforderlich und geboten, da sich die zu Grunde liegenden Rahmenbedingungen deutlich verändert haben. In Ausübung ihres Ermessens hat sich die Beschlusskammer entschieden, von der Befugnis zur Aufhebung rückwirkend zum 01.01.2022 Gebrauch zu machen, um die drastisch veränderten Beschaffungsbedingungen der Übertragungsnetzbetreiber und die damit verbundenen wirtschaftlichen Risiken angemessen in der Festlegung abzubilden. Nach § 1 Abs. 2 EnWG sind Festlegungen so auszugestalten, dass dem Ziel dienen, einen langfristig angelegten, leistungsfähigen und zuverlässigen Betrieb von Energieversorgungsnetzen sicherzustellen.

Die Strompreise sind im Jahr 2022 infolge der Auswirkungen des russischen Angriffskrieges gegen die Ukraine massiv angestiegen. Daraus haben sich erhebliche wirtschaftliche Risiken für die Übertragungsnetzbetreiber ergeben. Das hohe Strompreisniveau spiegelt sich auch an den maximalen Boni und Mali wider, da diese 2,5 % des Nullpunktes betragen. Mit gestiegenen Preisen sind auch die Chancen und Risiken auf ein unverhältnismäßig hohes Maß angestiegen. Während die historischen Preise in den Jahren 2017 bis 2022 bei rund 50 €/MWh lagen, ist der Referenzpreis für das Jahr 2023 auf 137,65 €/MWh angestiegen.

Die maximalen Boni und Mali sollen daher stärker als in der bis zum Jahr 2021 geltenden Festlegung begrenzt werden. Abgeleitet aus den historischen Beschaffungspreisen von rund 50 €/MWh wird eine Obergrenze für den maximalen Malus von 1,25 €/MWh (2,5% von 50 €/MWh) festgelegt. Diese Begrenzung der Risikoexposition soll auch für die Jahre 2022 und 2023 gelten und wird symmetrisch auf die Chancen (Bonus) erstreckt.

Diese Ausnahmesituation war zum Erlass der Festlegung für die dritte Regulierungsperiode nicht absehbar. Um solchen Situationen gerecht werden zu können, war in der Festlegung und der FSV für die dritte Periode eine Öffnungsklausel enthalten. Von dieser Öffnungsklausel machen die Beschlusskammer und die Übertragungsnetzbetreiber Gebrauch.

## **2.5. Ausgestaltung der freiwilligen Selbstverpflichtungen umfassend (Tenor zu Ziffer 2.)**

Mit Tenor zu Ziffer 2.) wird die Feststellung getroffen, dass das Verfahren zum Umgang mit den Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie für die Übertragungsnetzbetrei-

ber entsprechend den in den Anlagen beigefügten freiwilligen Selbstverpflichtungen einer wirksamen Verfahrensregulierung unterliegt.

Die vorliegende Festlegung richtet sich an die vier Übertragungsnetzbetreiber und enthält keine grundsätzlich verallgemeinerungsfähigen Aussagen, sondern stellt sich als sachgerechte Lösung für den besonderen Aufgabenkanon der Übertragungsnetzbetreiber dar.

Die von den Übertragungsnetzbetreibern vorgelegten freiwilligen Selbstverpflichtungen zur Bestimmung der Erforderlichkeit und Höhe der Leistungen erfüllen die Anforderungen an eine wirksame Verfahrensregulierung. Sie regeln ebenso den Bereich der Kostenberücksichtigung für die Beschaffung von Verlustenergie in einer Art und Weise und so umfassend, dass dem Netzbetreiber in diesem Rahmen nur noch solche Möglichkeiten einer eigenständigen Kostenbeeinflussung bleiben, die unter Betrachtung aller Umstände der Gesamtsituation als geringfügig bewertet werden können.

Gleichwohl verbleibt den Übertragungsnetzbetreibern bei der Beschaffung von Verlustenergie ein Spielraum, der der unternehmerischen Bewirtschaftung zugänglich ist. Mit Hilfe des in den FSVen beschriebenen Systems werden die ÜNB dazu angehalten, die entsprechenden Spielräume im Sinne von größerer Effizienz und Kosteneinsparungen zu nutzen. Durch diese FSVen werden diese Spielräume in der Beschaffung also nicht geschlossen. Mit der vorliegenden Entscheidung zur Anerkennung der FSVen wird es ermöglicht, das Ergebnis des Vorgehens – also die unter Berücksichtigung von Anreizelementen festgestellten Kosten – entsprechend den vorliegenden FSVen als wirksam verfahrensreguliert gemäß § 11 Abs. 2 Satz 4 ARegV zu behandeln. In der Folge erhalten die Übertragungsnetzbetreiber größere Sicherheit und Verlässlichkeit in Bezug auf die Erstattung der Kosten für Verlustenergie, d.h. deren jährliche Berücksichtigung und Anpassung in der Erlösobergrenze nach § 4 ARegV.

Ferner profitiert auch der Netznutzer von dem vorliegenden Modell. Zum einen sorgt der Anreizmechanismus dafür, dass die Übertragungsnetzbetreiber animiert werden, die Verlustenergie effizient zu beschaffen, was im Ergebnis zu einem optimalen Kostenansatz führt. Zum anderen bringt der in den FSVen vorgesehene Anpassungsmechanismus bei fallenden Beschaffungskosten für Verlustenergie Anpassungen nach unten mit sich. Im Ergebnis werden die Netznutzer dadurch in sachgerechter Weise an den Kostenschwankungen beteiligt.



## **2.6. Befristung von Tenor zu Ziffer 2.) und 3.) - Tenor zu Ziffer 4.)**

Gemäß § 32 Abs. 1 Nr. 4, HS. 2 ARegV erfolgt die Festlegung einer wirksamen Verfahrensregulierung für die Dauer der gesamten Regulierungsperiode. Gemäß § 32 Abs. 1 Nr. 4, HS. 2 ARegV bleibt es der Beschlusskammer unbenommen, eine Festlegung für einen Zeitraum zu erlassen, der mehrere Regulierungsperioden umspannt. Von dieser Möglichkeit macht die Beschlusskammer vorliegend Gebrauch.

Die nach Maßgabe der freiwilligen Selbstverpflichtungen zur Beschaffung entstehenden Kosten gelten ab dem Datum der rückwirkenden Aufhebung (01.01.2022) für die Dauer der dritten und vierten Regulierungsperiode als verfahrensregulierte Kosten und damit als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile i.S.d. § 11 Abs. 2 S. 2 und 4 ARegV.

## **3. Anlagenverweis**

Die beigefügten Anlagen

- **freiwillige Selbstverpflichtungen der Übertragungsnetzbetreiber**

sind Bestandteile dieses Beschlusses.

## **4. Öffentliche Bekanntmachung**

Da die Festlegung gegenüber einer Vielzahl betroffener Übertragungsnetzbetreiber und Marktteilnehmer 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.

## **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

Wetzel

Petermann