



Beschlusskammer 9

Aktenzeichen:

Bund	BK9-22/606-1
OL Berlin	BK9-22/606-2
OL Brandenburg	BK9-22/606-3
OL Bremen	BK9-22/606-4
OL Schleswig-Holstein	BK9-22/606-5

Beschluss

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

wegen **Festlegung zu volatilen Kosten für verschiedene Aspekte des Erdgas-
transports („VOLKER“)**

hat die Beschlusskammer 9 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation,
Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

durch die Beisitzerin als Vorsitzende

Dr. Ulrike Schimmel,

den Beisitzer

##

und den Beisitzer

##

gegenüber den Betreibern von Gasversorgungsnetzen i.S.d. § 3 Nr. 7 EnWG im Zuständig-
keitsbereich der Bundesnetzagentur sowie der Länder Berlin, Brandenburg, Bremen und
Schleswig-Holstein

- Gasnetzbetreiber -

am ## beschlossen:

1. Die nachfolgenden Kostenarten gelten als volatile Kostenanteile i.S.d. § 11 Abs. 5 ARegV:
 - a) Kosten für die Beschaffung von Energie zum Zwecke der Vorwärmung von Gas im Zusammenhang mit der Gasdruckregelung,
 - b) Kosten für die Beschaffung und die Wiederaufbereitung von Adsorptionsmittel zum Zwecke der Deodorierung von Gas,
 - c) Kosten aus Schadensersatzansprüchen aufgrund von Maßnahmen nach § 16 Abs. 2 S. 1 ggf. i.V.m. § 16a S. 1 EnWG, soweit diese nicht auf vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzungen beruhen,
 - d) Kosten aus Schadensersatzansprüchen, welche infolge einer Übernahme von odorisiertem Gas aus dem Ausland ins deutsche Fernleitungsnetz entstehen, soweit die Übernahme und Weiterleitung nach den Bestimmungen des Arbeitsblatts G 260 des Deutschen Vereins des Gas- und Wasserfaches e.V. (Stand 2021) ausnahmsweise zulässig ist.
2. Dieser Beschluss ist rückwirkend ab dem 01.01.2021 anzuwenden.
3. Eine Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.

GRÜNDE

I. Sachverhalt

- 1 Erdgas wird im Fernleitungsnetz für einen effizienten Transport stark verdichtet, d.h. der Transport in großvolumigen Transportleitungen findet bei Drücken von bis zu 100 bar statt. Bei der Übergabe des Gases von einer höheren Druckstufe an eine niedrigere Druckstufe muss das Gas auf den zulässigen Höchstdruck des nachgelagerten Systems reduziert werden. Ohne diesen Wechsel der Druckstufen wäre ein Transport der Erdgasmengen im deutschlandweiten Gasnetz nicht möglich. Typischerweise geschieht dies an diversen Stellen im Netz, z.B. bei der Überspeisung zwischen verschiedenen Teilnetzbereichen oder der Übergabestelle zu nachgelagerten Netzen. Diese Druckreduzierung geht mit einem signifikanten Temperaturrückgang („Joule-Thomson-Effekt“) einher, dem durch eine Vorwärmung des Gases entgegengewirkt werden muss. Der Temperatureffekt ist teilweise so stark, dass Leitungsteile und Armaturen andernfalls gefrieren und dadurch beschädigt oder sogar zerstört werden könnten.
- 2 Die Vorwärmung ist mit dem Verbrauch von Energie verbunden, deren Beschaffungskosten im Jahresvergleich sowohl aufgrund der variierenden physischen Transportmengen als auch aufgrund der sich verändernden Energiepreise schwanken. Bereits im Sommer 2021 begannen die Gaspreise und damit auch die Vorwärmkosten der Netzbetreiber in einem für damalige Verhältnisse ungewöhnlichen Ausmaß zu steigen. Seit Beginn der russischen Invasion in die Ukraine im Februar 2022 und dem dadurch ausgelösten wirtschaftlichen Konflikt zwischen westlichen Staaten und der Russischen Föderation sind die Preise für Strom und Gas nochmals massiv angestiegen.
- 3 Darüber hinaus bemüht sich die Bundesrepublik Deutschland seit Beginn der Invasion um eine stärkere Diversifizierung der Gasquellen. Dabei spielt u.a. der physische Import von Gasmengen aus Frankreich eine Rolle. In Frankreich wird Erdgas auf allen Netzebenen odorisiert, d.h. mit einem chemischen Geruchsstoff auf Schwefelbasis versehen, welcher im Falle einer undichten Leitung als olfaktorisches Warnsignal dient. In Deutschland wird hingegen lediglich auf der Verteilerebene odorisiert.
- 4 Gegenwärtig besteht eine Importmöglichkeit für französisches Gas zum einen über den Grenzübergangspunkt Wallbach unter Nutzung des schweizerischen Netzes. Dort befindet sich auf deutscher Seite eine von den Fernleitungsnetzbetreibern Open Grid Europe GmbH und Fluxys TENP GmbH betriebene Deodorierungsanlage, welche das Odoriermittel mit Hilfe eines Adsorptionsmittels bindet und somit aus dem Erdgasfluss entfernt. Dabei ist die Aufnahmekapazität des Adsorptionsmittels begrenzt und muss regelmäßig durch thermische

Behandlung wiederhergestellt werden, welche wiederum Energie verbraucht. Nach einigen Regenerationszyklen muss es zudem vollständig ausgetauscht und neu beschafft werden, was ebenfalls mit Kosten verbunden ist. Die Deodorierungsanlage ist in der Vergangenheit nur vereinzelt benötigt worden, kann aufgrund der krisenbedingt veränderten Flussszenarien aber nun deutlich häufiger und regelmäßiger zum Einsatz kommen. Der Regenerationsbedarf des Adsorptionsmittels hängt von den stark schwankenden Gasflüssen am Grenzübergangspunkt Wallbach ab. Die Gasflüsse basieren auf dem gleichfalls stark schwankenden Transportverhalten der Händler. Insofern kommt es an diesem Grenzübergangspunkt nicht dauerhaft zu physischen Einspeisungen in das deutsche System. Zudem schwankt bei den physischen Einspeisungen der im Erdgas enthaltene Schwefelgehalt, da im schweizerischen Fernleitungssystem odoriertes französisches Gas mit nicht odoriertem italienischen Gas unterschiedlich stark vermischt wird.

- 5 Am deutsch/französischen Grenzübergangspunkt Medelsheim gibt es gegenwärtig noch keine Deodorierungsanlage. Die Errichtung einer solchen Anlage wird derzeit diskutiert. Gleichwohl besteht technisch die Möglichkeit, entgegen der üblichen Vorgaben Gas auch ohne vorherige Deodorierung aus Frankreich zu übernehmen. Auch in Wallbach könnten in Einzelfällen odorierte Gasmengen weitertransportiert werden, sofern die vorhandenen Deodorierungskapazitäten nicht ausreichen. Die Verteilung des odorierten Gases innerhalb der Gasversorgungsnetze hängt von zahlreichen Einflussfaktoren ab und ist nicht vorhersehbar. Denkbar ist eine Ausbreitung des odorierten Erdgases gen Süden über das baden-württembergische bis in das bayerische Gebiet sowie im Westen im saarländischen Gebiet. Grundsätzlich ist nicht zu erwarten, dass hierdurch Probleme bei Letztverbrauchern verursacht werden, zumal odoriertes Erdgas, je weiter es transportiert wird, sich in zunehmendem Maße mit nicht odoriertem Erdgas vermischt und der Schwefelgehalt sich somit zunehmend reduziert. In besonderen Einzelfällen erscheint es jedoch nicht ausgeschlossen, dass besonders spezielle und empfindliche Verbrauchsanwendungen sensibel auf den zusätzlichen Schwefelgehalt im Erdgas reagieren.
- 6 Unabhängig von diesen Einzelthemen ist es mit der erstmaligen Ausrufung der Alarmstufe wahrscheinlicher geworden, dass Netzbetreiber nach § 16 Abs. 2 S. 1 ggf. i.V.m. § 16a S. 1 EnWG Gaseinspeisungen, Gastransporte und Gasausspeisungen in ihren Netzen den Erfordernissen eines sicheren und zuverlässigen Betriebs der Netze anpassen oder diese Anpassung verlangen müssen, um Gefährdungen oder Störungen der Sicherheit oder Zuverlässigkeit des Gasversorgungssystems zu beseitigen.
- 7 Die Beschlusskammer 9 hat am ###.##.2022 von Amts wegen ein Verfahren zur Anerkennung der durch diese verschiedenen Maßnahmen entstehenden Kosten als volatile Kostenanteile i.S.d. § 11 Abs. 5 ARegV eingeleitet. Die Landesregulierungsbehörden, in deren Gebiet die

Netzbetreiber ihren Sitz haben, wurden am ###.###.2022 gemäß § 55 Abs. 1 S. 2 EnWG über die Einleitung des Verfahrens informiert.

- 8 Dem Bundeskartellamt und den Landesregulierungsbehörden, in deren Bundesländern sich die Sitze der jeweiligen Netzbetreiber befinden, wurde mit Schreiben vom ###.###.2022 gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Dem Länderausschuss wurde am ###.###.2022 gemäß § 60a Abs. 2 EnWG ebenfalls Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.
- 9 Am ###.###.2022 veröffentlichte die Beschlusskammer zu Konsultationszwecken einen Beschlussentwurf im Internet und in ihrem Amtsblatt.
- 10 Hinsichtlich der Einzelheiten des Verfahrens wird auf die Verfahrensakte verwiesen.

II. Rechtliche Würdigung

1. Adressatenkreis

- 11 Die Festlegung richtet sich an alle Betreiber von Gasversorgungsnetzen i.S.d. § 3 Nr. 7 EnWG in der Zuständigkeit der Bundesnetzagentur sowie der Landesregulierungsbehörden der Länder Berlin, Brandenburg, Bremen und Schleswig-Holstein, die gemäß § 1 ARegV der Geltung der Anreizregulierung unterliegen.

2. Zuständigkeit

- 12 Hinsichtlich der Festlegung unter dem Aktenzeichen BK9-22/606-1 handelt die Bundesnetzagentur in eigener Zuständigkeit, soweit Energieversorgungsunternehmen betroffen sind, an deren Gasversorgungsnetz mindestens 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar angeschlossen sind oder deren Gasversorgungsnetz über das Gebiet eines Landes hinausreicht.
- 13 Hinsichtlich der Festlegung unter dem Aktenzeichen BK9-22/606-2 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).
- 14 Hinsichtlich der Festlegung unter dem Aktenzeichen BK9-22/606-3 handelt die Bundesnetzagentur in Wahrnehmung ihrer Aufgaben für das Land Brandenburg gemäß dem „Verwaltungsabkommen über die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben nach dem Energiewirtschaftsgesetz“ zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Land Brandenburg 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).

- 15 Hinsichtlich der Festlegung unter dem Aktenzeichen BK9-22/606-4 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 22.07.2014 (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).
- 16 Hinsichtlich der Festlegung unter dem Aktenzeichen BK9-22/606-5 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).
- 17 Die Zuständigkeit der Beschlusskammer ergibt sich aus § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

3.1. Ermächtigungsgrundlage

- 18 Die Anordnung zu Ziffer 1.) ergeht auf Grundlage des § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV. Danach kann die Bundesnetzagentur zu volatilen Kostenanteilen gemäß § 11 Abs. 5 ARegV Anordnungen treffen. Die Bundesnetzagentur kann darüber hinaus Vorgaben zu Verfahren machen, die gewährleisten, dass volatile Kostenanteile nur in effizientem Umfang in der Erlösobergrenze berücksichtigt werden. Die Anordnung kann sich an einen Netzbetreiber oder eine Gruppe von Netzbetreibern richten.

- 19 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.).
- 20 (1) Der Europäische Gerichtshof hat zwar in seiner Entscheidung festgestellt, dass die normative Regulierung in Deutschland insgesamt mit der in Art. 37 Richtlinie 2009/72/EG (heute Art. 59 Richtlinie (EU) 2019/944) sowie in Art. 41 Richtlinie 2009/73/EG geregelten ausschließlichen Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörde unvereinbar ist und die Richtlinien insoweit durch die Bundesrepublik Deutschland nicht bzw. fehlerhaft umgesetzt wurden. Insoweit hat der Europäische Gerichtshof der vierten Rüge stattgegeben, mit der die Kommission Deutschland vorgeworfen hatte, es habe die in den Richtlinien vorgesehenen ausschließlichen Zuständigkeiten der NRB verletzt, indem es im deutschen Recht die Bestimmung der Methoden zur Berechnung oder Festlegung der Bedingungen für den Anschluss an und den Zugang zu den nationalen Netzen, einschließlich der anwendbaren Tarife, der Bundesregierung und nicht der nationalen Regulierungsbehörde zugewiesen habe.
- 21 (2) Der Europäische Gerichtshof hat aber weder über die Zuständigkeitsfragen hinausgehend einen materiell-rechtlichen Verstoß einzelner Vorgaben der normativen Regulierung gegen EU-Recht gerügt, noch hat er sich ausdrücklich zu der Frage geäußert, ob die normative Regulierung bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der nationale Gesetz- und Verordnungsgeber den festgestellten Verstoß beseitigt, weiter anwendbar ist. Der EuGH hat sich insbesondere auch nicht explizit zu der Frage geäußert, ob die Richtlinienbestimmungen über die ausschließliche Zuständigkeit unmittelbar anwendbar sind.

- 22 (3) Die Regelungen der normativen Regulierung sind nicht nichtig. Weder nach den Grundsätzen des europäischen Rechts noch nach nationalem Recht führt der Verstoß einer nationalen Regelung gegen Unionsrecht zu deren Nichtigkeit (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.
- 23 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.).
- 24 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.
- 25 (4) 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:
- 26 (a) 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.

- 27 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).
- 28 (b) 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).

- 29 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.
- 30 (c) 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).
- 31 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).

- 32 (5) Ungeachtet der Tatsache, dass die Richtlinienbestimmungen nicht unmittelbar anwendbar sind, sprechen aus Sicht der Beschlusskammer weitere erhebliche Gründe dafür, die Vorgaben der normativen Regulierung in der Übergangszeit zur Anwendung zu bringen. Die Nichtanwendung der normativen Regulierung in der Übergangszeit würde zu einem Zustand führen, der mit den Zielsetzungen der genannten Richtlinien erst recht unvereinbar wäre (so auch BGH, Beschluss vom 08.10.2019, EnVR 58/18, Rn. 76).
- 33 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.
- 34 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.

3.2. Vorwärmkosten

- 35 Durch Tenorziffer 1 a) werden Kosten für die Beschaffung von Energie zum Zwecke der Vorwärmung von Gas im Zusammenhang mit der Gasdruckregelung als volatile Kosten eingestuft. Die Beschlusskammer hat mit dieser Bestimmung die Entspannung des Gases bei der Überführung in Netzsysteme mit einer niedrigeren Druckstufe im Blick. Andere Sachverhalte, in welchen Vorwärmprozesse in der Gasdruckregelung zum Einsatz kommen, sind der Beschlusskammer nicht bekannt.
- 36 Nach § 11 Abs. 5 S. 2 ARegV gelten beeinflussbare oder vorübergehend nicht beeinflussbare Kostenanteile, deren Höhe sich in einem Kalenderjahr erheblich von der Höhe des jeweiligen Kostenanteils im vorhergehenden Kalenderjahr unterscheiden können, als volatile Kostenanteile, sofern die Regulierungsbehörde dies gemäß § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV festgelegt hat.
- 37 Treibenergie gilt gemäß § 11 Abs. 5 S. 1 ARegV generell als volatiler Kostenanteil. Nach § 11 Abs. 5 S. 2 ARegV sieht der Ordnungsgeber auch die Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie grundsätzlich als volatil an. Demgemäß werden in der Begründung zu § 11 Abs. 5 ARegV als Netzbetriebskosten, die starken jährlichen Schwankungen unterliegen können, Treibenergie- und Verlustenergiekosten genannt (BR Drs. 310/10(B), S. 17).
- 38 Energiekosten zur Vorwärmung sind vor dem Hintergrund dieser Wertung des Ordnungsgebers ebenfalls als volatil anzusehen, da die benötigten Mengen und insbesondere die Preise zeitlich starken Schwankungen unterworfen sind. Die Menge der benötigten Energie für die Entspannung hängt ebenso wie jene für die Verdichtung davon ab, wie viel Erdgas entsprechend den Bedürfnissen der Netzkunden physikalisch an drucktechnisch nachgelagerte Netzsysteme übergeben werden muss. Während Treibenergie bei der Verdichtung benötigt wird, um das Gas für Langstreckentransporte durch das Hochdrucksystem in Bewegung zu setzen, wird die Entspannung und die dafür erforderliche Vorwärmung benötigt, um sie sodann in den kleineren und verästelteren Systemen der niedrigeren Druckstufen weiterverteilen zu können. Dabei ist die zur Vorwärmung benötigte Energie von der Gasmenge und dem Druckgefälle abhängig. Auf Grund des stark veränderbaren Transportverhaltens der Netznutzer – z.B. vor und nach Beginn der russischen Invasion in die Ukraine – variiert auf Grund der veränderten Gasströme durch das Fernleitungssystem auch das Druckniveau an den jeweiligen Übergabepunkten zu den nachgelagerten Netzen. Insofern schwanken die erforderlichen Mengen bei der Entspannungsenergie vergleichbar mit den erforderlichen Mengen bei der Treibenergie. Auch bei der Preisvolatilität ergeben sich keine Unterschiede zur Treibenergie, da die benötigten Ressourcen und damit auch deren Beschaffungspreise identisch sind.

- 39 Die Beschlusskammer hat sich deshalb in Ausübung ihres Ermessens und unter sorgsamer Abwägung aller entscheidungsrelevanten Gesichtspunkte dazu entschlossen, Kosten für Treibenergie und für Vorwärmenergie gleich zu behandeln. Nach ihrer Überzeugung lassen sich keine sachlichen Gründe dafür finden, zwei derart ähnliche Sachverhalte regulatorisch unterschiedlich zu bewerten. Mit der Einstufung der Treibenergie als volatilen Kostenanteil hat der Verordnungsgeber eine klare Richtungsentscheidung getroffen, nach der Kosten mit einer derart starken Abhängigkeit vom Mengendurchsatz und einer solchen Preisvolatilität wie bei Energie dem üblichen Basisjahrprinzip zu entziehen sind. All dies trifft in völlig identischer Weise auch auf Vorwärmenergie zu, weshalb eine Übertragung dieser verordnungsgeberischen Wertung auf sie konsequent ist.
- 40 Die Regelung gilt sowohl für Fernleitungs- als auch für Verteilernetzbetreiber. In erster Linie wurde der Sachverhalt aus dem Kreise der Fernleitungsnetzbetreiber an die Kammer herangetragen und insbesondere im Rahmen der laufenden Verfahren zur Festlegung der Erlösobergrenzen für die vierte Regulierungsperiode verschiedentlich diskutiert. Allerdings sind Gasdruckregelanlagen mit entsprechenden Vorwärmprozessen, soweit für die Beschlusskammer ersichtlich, auch in Verteilernetzen verbreitet. Dies dürfte zumindest für die Verteilernetzbetreiber mit eigenen Hochdrucksystemen gelten. Zudem befinden sich Entspannungsanlagen an den Übergabepunkten zwischen Fernleitungs- und Verteilernetzen jedenfalls in manchen Fällen im Eigentum des jeweiligen Verteilernetzbetreibers. Obgleich die wirtschaftliche Bedeutung der Vorwärmkosten anteilig zu den gesamten Netzkosten dort geringer ausfallen dürfte als bei den Fernleitungsnetzbetreibern, sieht die Beschlusskammer keinen Anlass für eine Differenzierung nach Netzebenen, da die Problematik in der Sache identisch liegt.
- 41 Es erscheint der Beschlusskammer als gerechtfertigt, die unmittelbare Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen zur Berücksichtigung dieser höheren Kosten durch die Einstufung als volatile Kosten zu ermöglichen, auch wenn dies perspektivisch zu etwas höheren Netzentgelten führen wird. Zukünftig können die Netznutzer im Gegenzug auch von gegenüber dem jeweiligen Basisjahr niedrigeren Vorwärmkosten profitieren.
- 42 In zeitlicher Hinsicht hat sich die Beschlusskammer für eine Rückwirkung zum 01.01.2021 entschieden. Im Laufe des Jahres 2021 traten erstmals spürbare Verwerfungen an den Gasmärkten auf, deren preisliche Auswirkungen jenseits der typischen marktbasierten Schwankungen lagen, welche bis zu diesem Zeitpunkt als gewöhnlich galten. Deshalb sieht die Kammer ab diesem Zeitpunkt einen wirtschaftlichen Bedarf, die Kostenentwicklung durch Einstufung als volatile Kosten in den Erlösobergrenzen der Netzbetreiber abzubilden. Der rückwirkende Charakter der Regelung wird von ihr rechtlich als unkritisch eingestuft, da sie davon ausgeht, dass die Netzbetreiber im Jahr 2021 durchgehend höhere Vorwärmkosten hatten

als im dafür maßgeblichen Basisjahr 2015 und die nachträgliche Anpassung der Kostenanteile somit ausschließlich vorteilhaft für die Adressaten des Beschlusses wirken sollte. Von Seiten der Fernleitungsnetzbetreiber wurde plausibel dargestellt, dass sich die Höhe der Vorwärmkosten für das Jahr 2021 erheblich von der Höhe des jeweiligen Kostenanteils im Basisjahr unterscheiden.

- 43 Die Anpassung der volatilen Kostenanteile wird gemäß den regulatorischen Vorgaben im Rahmen der Genehmigung des Regulierungskontosaldos geprüft. Dazu werden die Vorwärmkosten des Bezugsjahres mit den entsprechenden Kosten im Basisjahr abzugleichen sein, welche in Abzug gebracht werden. Da die Vorwärmkosten in den vergangenen Kostenprüfungsverfahren noch nicht gesondert abgegrenzt wurden, werden die Daten im Regulierungskontoverfahren nachträglich zu erheben sein.

3.3. Deodorierungskosten

- 44 Durch Tenorziffer 1 b) werden operative Kosten für die Beschaffung und die Wiederaufbereitung von Adsorptionsmittel zum Zwecke der Deodorierung von Gas als volatile Kosten eingestuft.
- 45 Diese Kosten korrelieren mit den Gasmengen, welche aus einem Marktgebiet mit odoriertem Erdgas im Fernleitungsnetz in das deutsche Fernleitungsnetz übergeben werden. Je mehr Gas an einem hiervon betroffenen Grenzübergangspunkt nach Deutschland importiert wird bzw. je höher der Anteil an odoriertem Gas innerhalb der aus einem angrenzenden Marktgebiet, welches wie das schweizerische sowohl odoriertes als auch nicht odoriertes Erdgas ins Fernleitungsnetz aufnimmt, übernommenen Mengen ausfällt, desto mehr Odoriermittel muss im Wege der Deodorierung entfernt werden. Ein höherer Mengendurchsatz bzw. ein höherer Gehalt an Odoriermitteln im Gasstrom in einer Deodorierungsanlage führen zu einer höheren Regenerationsbedürftigkeit des eingesetzten Adsorptionsmittels und somit zu häufigeren thermischen Behandlungen. Schließlich erwächst daraus auch die Notwendigkeit eines häufigeren Austauschs des Adsorptionsmittels, da dieses nicht beliebig oft thermisch aufbereitet werden kann. Damit ist jedenfalls eine mengeninduzierte Volatilität der dadurch verursachten Beschaffungskosten gegeben. Hinsichtlich der Beschaffung des Adsorptionsmittels ist eine Preisvolatilität für die Beschlusskammer nicht ersichtlich. Für die Einstufung als volatile Kostenanteile ist die festgestellte Mengenvolatilität indes ausreichend. Die thermische Wiederaufbereitung erfordert Energie, womit sich die bereits oben unter 3.2. getroffenen Aussagen zur Preisvolatilität von Energiebeschaffungskosten übertragen lassen.
- 46 Die Beschlusskammer hat sich entschieden, auch die beschriebenen Deodorierungskosten als volatil einzustufen. Damit trägt sie den durch die Übernahme und Reinigung von odorierten Gasmengen verursachten Kostenschwankungen Rechnung und gibt den betroffenen

Netzbetreibern hinreichende Sicherheit über die Abbildung dieser im Rahmen der letzten Kostenprüfung noch nicht absehbaren Kosten in ihren Erlösberggrenzen. Die Kammer verfolgt dabei auch die Intention, ökonomische Fehlanreize zu beseitigen, welche die Netzbetreiber davon abhalten könnten, den Import von Gasmengen zu gewährleisten, die in der derzeitigen krisenhaften Situation dringend im deutschen Marktgebiet benötigt werden.

- 47 Die Beschlusskammer hat sich bei ihrer Entscheidung wesentlich an der Situation der von der Open Grid Europe GmbH und der Fluxys TENP GmbH betriebenen Deodorierungsstation in Schwörstadt nahe des Grenzübergangspunkts Wallbach orientiert. Diese Station ist soweit für die Kammer ersichtlich der einzige gegenwärtige Anwendungsfall der Regelung. Die Regelung wird perspektivisch auch für eine mögliche am Grenzübergangspunkt Medelsheim noch zu errichtende Deodorierungsanlage gelten, sofern auch deren technische Funktionsweise sich unter die Tenorziffer 1 b) fassen lässt. Andere gegenwärtige oder zukünftige Anwendungsfälle sind der Beschlusskammer nicht bekannt, da weder weitere Grenzübergangspunkte, welche zur Einspeisung französischen Gases in Betracht kommen, noch sonstige Importquellen für odorisiertes Gas ersichtlich sind. Innerhalb des deutschen Systems spielt Deodorierung – soweit für die Kammer ersichtlich – nur bei der Rückspeisung von Biogas in vorgelagerte Netzebenen eine Rolle. Hierauf würde die Tenorziffer 1 b) im Grundsatz ebenfalls Anwendung finden, sofern die Deodorierung mittels Adsorptionsmittel erfolgt. Allerdings werden diese Kosten bereits von der Biogasumlage erfasst und gehen deshalb nicht in die Erlösberggrenzen ein. Da es die Kategorie der volatilen Kostenanteile nur innerhalb des für die Erlösberggrenzen relevanten Kostenblocks gibt, bleibt dieser Beschluss somit ohne Wirkung für diese Sachverhalte. Sollten sich für die Beschlusskammer nicht vorhergesehene weitere Sachverhalte ergeben, in welchen durch einen Fernleitungs- oder Verteilernetzbetreiber eine nicht im Zusammenhang mit der Biogaseinspeisung stehende Deodorierungsanlage betrieben wird, welche auf Adsorption basiert und deren Betriebsnotwendigkeit im Grundsatz anerkannt wird (wenngleich derzeit nicht erkennbar ist, aus welchem Grund dies der Fall sein könnte), findet die Tenorziffer 1 b) auch auf die Kosten einer solchen Anlage Anwendung, da technisch gleiche Sachverhalte grundsätzlich auch regulatorisch gleich zu behandeln sind.

3.4. Schadensersatzansprüche aus Maßnahmen nach § 16 Abs. 2 S. 1 EnWG

- 48 Durch Tenorziffer 1 c) werden Kosten aus Schadensersatzansprüchen als volatile Kosten eingestuft, welche aus Maßnahmen nach § 16 Abs. 2 S. 1 EnWG resultieren.
- 49 Nach § 16 Abs. 1 EnWG sind Betreiber von Fernleitungsnetzen berechtigt und verpflichtet, die Gefährdung oder Störung der Sicherheit oder Zuverlässigkeit des Gasversorgungssys-

tems in ihrem jeweiligen Netz durch netzbezogene Maßnahmen und marktbezogene Maßnahmen, wie insbesondere den Einsatz von Ausgleichsleistungen, vertragliche Regelungen über eine Abschaltung und den Einsatz von Speichern zu beseitigen. Lässt sich eine Gefährdung oder Störung durch solche Maßnahmen nicht oder nicht rechtzeitig beseitigen, so sind Betreiber von Fernleitungsnetzen nach § 16 Abs. 2 S. 1 EnWG berechtigt und verpflichtet, sämtliche Gaseinspeisungen, Gastransporte und Gasausspeisungen in ihren Netzen den Erfordernissen eines sicheren und zuverlässigen Betriebs der Netze anzupassen oder diese Anpassung zu verlangen. Im Falle einer solchen Anpassung ruhen gem. § 16 Abs. 3 S. 1 EnWG bis zur Beseitigung der Gefährdung oder Störung alle hiervon jeweils betroffenen Leistungspflichten. Eine Haftung für Vermögensschäden ist nach § 16 Abs. 3 S. 3 EnWG ausgeschlossen. Nach § 16a S. 1 EnWG gelten diese Bestimmungen für Betreiber von Gasverteilernetzen im Rahmen ihrer Verteilungsaufgaben entsprechend, soweit sie für die Sicherheit und Zuverlässigkeit der Gasversorgung in ihrem Netz verantwortlich sind.

- 50 Da die Leistungspflichten der Netzbetreiber in einer derartigen Situation ruhen, sollte für eine zivilrechtliche Haftung der Netzbetreiber gegenüber Netzkunden und Letztverbrauchern auch jenseits der in § 16 Abs. 3 S. 3 EnWG angesprochenen Vermögensschäden grundsätzlich kein Raum bestehen, weshalb die Beschlusskammer nicht zwingend voraussetzt, dass für die Regelung in Tenorziffer 1 c) überhaupt ein praktischer Anwendungsfall besteht. Um den Netzbetreibern gleichwohl letzte Unsicherheiten zu nehmen, welche sie von notwendigen Maßnahmen zur Krisenvorsorge oder gar zur akuten Krisenbewältigung abhalten könnten, stuft die Kammer Kosten aus eventuell entstehenden Haftungsfällen als volatile Kosten ein und sichert somit ihre Refinanzierung über die Netzentgelte. Die Volatilität der Kosten ergibt sich daraus, dass eine Gefährdung oder Störung der Sicherheit oder Zuverlässigkeit des Gasversorgungssystems (jedenfalls nach den bisher geltenden Maßstäben) nicht als Normalsituation im Netzbetrieb betrachtet werden kann und Kosten für Schadensersatzleistungen, welche aus Gegenmaßnahmen resultieren, kein jährlich in vergleichbarer Weise wiederkehrender Sachverhalt sind, welcher mit dem Budgetprinzip der Anreizregulierung sinnvoll abgebildet werden kann.
- 51 Gegenstand dieses Beschlusses ist nicht die grundsätzliche Anerkennungsfähigkeit der Kosten, sondern lediglich ihre Einstufung als volatile Kostenanteile. Das bedeutet (wie auch bei allen anderen volatilen Kostenarten), dass entsprechende Kosten nicht in jedem Falle in den Erlösobergrenzen berücksichtigungsfähig sein müssen, sondern nur, soweit sie betriebsnotwendig sind. Die Beschlusskammer geht davon aus, dass Maßnahmen nach § 16 Abs. 2 S. 1 ggf. i.V.m. § 16a S. 1 EnWG grundsätzlich immer betriebsnotwendig sind, soweit es sich nicht um Fälle von vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzungen handelt. Dementsprechend gilt auch für eventuell daraus resultierende Haftungsfälle nichts

Anderes. Soweit Tenorziffer 1 c) auf einfache Fahrlässigkeit begrenzt ist, kann daraus selbstverständlich nicht im Umkehrschluss abgeleitet werden, dass Fälle mit schwereren Verschuldensgraden stattdessen als beeinflussbare oder vorübergehend nicht beeinflussbare Kosten anerkannt würden. Zudem gelten wegen der häufig unübersichtlichen Kausalverläufe in Schadensfällen und wegen der bereits angesprochenen grundsätzlichen Zweifelhaftigkeit einer zivilrechtlichen Verantwortlichkeit der Netzbetreiber erhöhte Nachweisanforderungen. Außer in offensichtlichen Fällen erachtet die Beschlusskammer in der Regel ein wenigstens erstinstanzliches Urteil gegen den Netzbetreiber als notwendigen Beleg dafür, dass tatsächlich eine Haftung besteht. In Zweifelsfällen kann ein sachgerechtes Vorgehen mit der Beschlusskammer abgestimmt werden. Anerkennungsfähig sind alle erfolgswirksamen Vorgänge in der Gewinn- und Verlustrechnung des Netzbetreibers, welche im Zusammenhang mit den betreffenden Schadensersatzansprüchen stehen, also auch Zuführungen zu und Auflösungen von entsprechenden Rückstellungen, soweit diese handelsrechtlich zu bilden sind.

3.5. Schadensersatzansprüche aus der Einspeisung von odoriertem Gas

- 52 Durch Tenorziffer 1 d) werden Kosten aus Schadensersatzansprüchen als volatile Kosten eingestuft, welche aus der Einspeisung von odoriertem Gas in das Fernleitungsnetz resultieren.
- 53 Seit Beginn der russischen Invasion in die Ukraine bemüht sich die Bundesrepublik Deutschland um eine stärkere Diversifizierung der Gasquellen zur Erhöhung der Versorgungssicherheit. In diesem Zusammenhang wird auch die Einspeisung odorierten Gases in das deutsche Fernleitungsnetz, z.B. aus Frankreich, diskutiert. Ob es sich dabei bereits um eine Maßnahme nach § 16 Abs. 2 S. 1 EnWG handelt, gilt zum Zeitpunkt dieses Festlegungsverfahrens als rechtlich ungeklärt. Die Beschlusskammer hat sich deshalb entschlossen, diesen Sachverhalt gesondert zu adressieren.
- 54 Aus Sicht der Bundesnetzagentur ist es auf Grund der Erhöhung der deutschen Gasversorgungssicherheit vorübergehend und ausnahmsweise zulässig, odorierte Gasmengen in das deutsche Fernleitungsnetz zu übernehmen, sofern keine ausreichenden Deodorierungskapazitäten zur Verfügung stehen. Das DVGW-Arbeitsblatt G 260 lässt eine vorübergehende Überschreitung der zulässigen Grenzwerte auch im Hochdrucknetz in besonderen Situationen zu. Die gegenwärtig ausgerufene Alarmstufe ist nach Auffassung der Bundesnetzagentur als eine derartige Sondersituation zu werten.
- 55 Wie schon bei den Maßnahmen nach § 16 Abs. 2 S. 1 EnWG ist bereits fraglich, ob die Einspeisung von odoriertem Gas überhaupt geeignet ist, zivilrechtlich einen Schadensersatzanspruch auszulösen, da ein pflichtwidriges Verhalten – jedenfalls unter den besonderen

Umständen, die dieses Vorgehen ausnahmsweise erlauben – auch hier nicht gegeben sein dürfte. Zudem sollte der etwas höhere Schwefelgehalt bei handelsüblichen Gasverbrauchsgeräten keine Schwierigkeiten verursachen, sodass nur bei einigen wenigen hochspezifischen Gasanwendungen im industriellen Bereich überhaupt eine Benachteiligung von Anschlusskunden in Betracht kommt. Auch insoweit soll die Einstufung als volatile Kosten durch die Beschlusskammer also primär dazu dienen, Unsicherheiten zu bereinigen, welche der Umsetzung notwendiger Maßnahmen im Wege stehen können.

- 56 Die Einstufung als volatile Kosten gilt nur unter den besonderen gegenwärtigen oder vergleichbaren Umständen, die eine Einspeisung von odoriertem Gas in das Fernleitungsnetz ausnahmsweise erlauben. Dieser Beschluss ist in keinem Falle als eine Ermächtigung zu verstehen, nach Belieben odoriertes Gas in das deutsche Fernleitungsnetz einzuspeisen, wozu die Beschlusskammer als reine Entgeltkammer schon nicht befugt wäre.
- 57 Obwohl die Beschlusskammer mit ihrer Entscheidung primär auf die gegenwärtige Situation abstellt, hat sie sich gegen eine zeitliche Begrenzung entschieden. Sie geht nach aktuellem Stand nicht davon aus, dass sich ein vergleichbarer Anwendungsfall für Tenorziffer 1 d) in Zukunft wiederholen wird. Sollte sich allerdings in Zukunft erneut eine Konstellation ergeben, in welcher wegen besonderer Umstände eine Einspeisung odorierten Gases ausnahmsweise zulässig und geboten ist, sieht sie keinen Grund dafür, diese regulatorisch anders zu behandeln. Es empfiehlt sich, in zukünftigen Fällen Rücksprache mit der Kammer zu halten.
- 58 In räumlicher Hinsicht waren primär mögliche Einspeisungen über den Grenzübergangspunkt Medelsheim ausschlaggebend für die Erwägungen der Beschlusskammer. Sollten am Grenzübergangspunkt Wallbach ausnahmsweise odorierte Gasmengen zur Stärkung der Versorgungssicherheit eingespeist werden, weil die Kapazitäten der dortigen Dedorierungsanlage nicht ausreichend oder bereits ausgelastet sind, wären diese jedoch nicht anders zu behandeln. Weitere Möglichkeiten zur Einspeisung solchen Gases sind für die Kammer nicht ersichtlich, würden ggf. aber ebenfalls der Regelung unterfallen.
- 59 Auch wenn die Einspeisung ins Fernleitungsnetz erfolgt, kann sie Auswirkungen auf nachgelagerte Verteilernetze haben. Sofern dort nicht die Möglichkeit besteht, die eigene Odorierung flexibel an die veränderte Zusammensetzung des übernommenen Gases anzupassen, besteht die Möglichkeit einer Überodorierung mit größeren Schwefelmengen als vorgesehen oder einer Vermischung unterschiedlicher Odoriermittel auf Schwefel- und auf einer anderen chemischen Basis. Deshalb werden Fernleitungs- und Verteilernetzbetreiber gleichermaßen von der Regelung adressiert. Zudem gilt die Regelung auch, wenn ein vorgelagerter Netzbetreiber einem nachgelagerten Netzbetreiber Kosten aus der Begleichung entsprechender Ansprüche erstattet und diese als eigene volatile Kosten geltend macht; der nachgelagerte Netzbetreiber kann insoweit keine volatilen Kosten geltend machen.

60 Die Ausführungen zur erhöhten Nachweispflicht durch gerichtliche Bestätigung der Ansprüche sowie zu der Berücksichtigung erfolgswirksamer Vorgänge unter Punkt 3.4 gelten für Tenorziffer 1 d) entsprechend.

III. Kosten (§ 91 EnWG)

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

IV. Öffentliche Bekanntmachung (§ 73 Abs. 1a S. 1 EnWG)

62 Da die Festlegung gegenüber allen Netzbetreibern im Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur sowie der Länder Berlin, Brandenburg, Bremen und Schleswig-Holstein erfolgt, die gemäß § 1 ARegV der Geltung der Anreizregulierung unterworfen sind, nimmt die Beschlusskammer, in Ausübung des ihr nach § 73 Abs. 1a S. 1 EnWG zustehenden Ermessens, anstelle der individuellen Zustellung eine öffentliche Bekanntmachung der Festlegung vor. Die öffentliche Bekanntmachung wird dadurch bewirkt, dass der verfügende Teil der Festlegung, die Rechtsbehelfsbelehrung und ein Hinweis auf die Veröffentlichung der vollständigen Entscheidung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur und im Amtsblatt der Bundesnetzagentur bekannt gemacht werden (§ 73 Abs. 1a S. 2 EnWG). Die Festlegung 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 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 hinsichtlich des Verfahrens unter dem Aktenzeichen BK9-22/606-1 (Zuständigkeit Bund) bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf (Hausanschrift: Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf), hinsichtlich des Verfahrens unter dem Aktenzeichen BK9-22/606-2 (Organleihe Berlin) bei dem Kammergericht Berlin (Hausanschrift: Eißholzstr. 30-33, 10781 Berlin), hinsichtlich des Verfahrens unter dem Aktenzeichen BK9-22/606-3 (Organleihe Brandenburg) bei dem Brandenburgischen Oberlandesgericht (Hausanschrift: Gertrud-Piter-Platz 11, 14770 Brandenburg an der Havel), hinsichtlich des Verfahrens unter dem Aktenzeichen BK9-22/606-4 (Organleihe Bremen) bei dem Hanseatischen Oberlandesgericht in Bremen (Hausanschrift: Am Wall 198, 28195 Bremen) und hinsichtlich des Verfahrens unter dem Aktenzeichen BK9-22/606-5 (Organleihe Schleswig-Holstein) bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht (Hausanschrift: Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig) 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).

Bonn, den ##.##.2022

Beisitzerin als Vorsitzende

Beisitzer

Beisitzer

Dr. Ulrike Schimmel

##

##