



Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren zur Überprüfung des Verhaltens der

bayernugs GmbH, Poccistraße 9, 80336 München, gesetzlich vertreten durch
die Geschäftsführung,

- Betroffene -

wegen der Bildung von Speicherentgelten

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

durch den Vorsitzenden

Dr. Christian Schütte,

den Beisitzer

Dr. Björn Heuser,

und den Beisitzer

Stefan Tappe

am 08.04.2024 beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Betroffene gegen § 35c Abs. 2 S. 3 EnWG verstoßen hat, indem sie für die Buchung von Speicherkapazitäten im Erdgasspeicher Wolfersberg mit einem Arbeitsgasvolumen von [REDACTED] MWh vom [REDACTED] bis zum [REDACTED] und mit einem Arbeitsgasvolumen von [REDACTED] MWh vom [REDACTED] bis zum [REDACTED] durch die Trading Hub Europe GmbH ein Entgelt [REDACTED] vereinnahmt hat.

2. Es ergeht ein gesonderter Gebührenbescheid.

GRÜNDE

I. Sachverhalt

- 1 Die Betroffene betreibt einen Erdgas-Untergrundspeicher in Wolfersberg. Mit Vertrag vom 24.06.2022 verpflichtete sie sich, der deutschen Marktgebietsverantwortlichen Trading Hub Europe GmbH bis zum 01.04.2023 gem. § 35c Abs. 2 S. 3 EnWG Speicherkapazitäten zur Erfüllung der gesetzlichen Füllstandsvorgaben zur Verfügung zu stellen. Als Entgelt wurde ursprünglich ein Betrag von [REDACTED] vereinbart. Das in Anspruch genommene Arbeitsgasvolumen betrug vom [REDACTED] bis zum [REDACTED] [REDACTED] MWh und vom [REDACTED] bis zum [REDACTED] [REDACTED] MWh. Aufgrund des gestiegenen Volumens wurde auch das Entgelt gemäß E-Mail vom 13.06.2023 auf [REDACTED] € erhöht.
- 2 In den vorangegangenen Speicherjahren 2019/2020, 2020/2021 und 2021/2022 wurde der Speicher Wolfersberg nur von einem einzelnen Kunden, der [REDACTED] genutzt. Dieser war ein Speichertarif von [REDACTED] €/MWh für das Speicherjahr 2019/2020, von [REDACTED] €/MWh für das Speicherjahr 2020/2021 und von [REDACTED] €/MWh für das Speicherjahr 2021/2022 berechnet worden, wobei die Entgelte für die Speicherjahre 2019/2020 und 2020/2021 jeweils variable Preisbestandteile für Heiz- und Treibgas sowie Netznutzungsentgelte enthielten. Bei der Entgeltbestimmung für das Speicherjahr 2021/22 fielen diese variablen Preisbestandteile weg. Bereinigt um diese variablen Elemente lag das Entgelt nach den Berechnungen der Beschlusskammer für das Speicherjahr 2019/20 bei [REDACTED] €/MWh und für das Speicherjahr 2020/2021 bei [REDACTED] €/MWh.
- 3 Mit E-Mail vom 15.11.2022 leitete die Beschlusskammer eine Untersuchung aller für das Speicherjahr 2022/2023 vorgenommenen Speicherkapazitätsbuchungen nach § 35c Abs. 2 S. 3 EnWG ein und forderte die Trading Hub Europe GmbH zur Übermittlung sämtlicher einschlägigen Vertragsunterlagen auf, woraufhin diese ihr Unterlagen über die Buchung und Preisung von Speicherkapazitäten für den betreffenden Zeitraum bei insgesamt drei Speicherbetreibern übermittelte, darunter die Betroffene. Mit E-Mail vom 13.01.2023 forderte die Beschlusskammer sodann die Betroffene zu weitergehenden Erläuterungen ihrer Entgeltbildung und zur Übersendung von Vertragsunterlagen über alle in den Speicherjahren 2019/2020, 2020/2021 und 2021/2022 bei ihr kontrahierten Speicherkapazitäten auf. Die Betroffene stellte ihr diese Unterlagen mit E-Mail vom 02.02.2023 zur Verfügung. In den darauffolgenden Monaten führten die Betroffene und die Beschlusskammer durch Austausch diverser E-Mails eine umfangreiche Diskussion über die Rechtmäßigkeit des gegenüber der Trading Hub Europe GmbH zur Anwendung gebrachten Speicherentgelts.

- 4 Die Betroffene vertrat in diesem Schriftverkehr die Auffassung, das durchschnittlich kostengünstigste Entgelt nach § 35c Abs. 2 S. 3 EnWG sei zu ermitteln, indem für jedes der betrachteten Speicherjahre der jeweils kostengünstigste Speichervertrag für den betreffenden Speicher herangezogen werde und aus diesen drei Speicharentgelten sodann ein Durchschnittspreis zu bilden sei. Da in ihrem Fall pro Speicherjahr nur ein Speicharentgelt zur Anwendung gekommen sei, sei dieses das jeweils kostengünstigste und das durchschnittlich kostengünstigste Entgelt somit der Durchschnitt aus diesen drei Entgelten. Der Durchschnitt aus den für die Vergleichbarkeit teilweise bereinigten Entgelten in Höhe von █████ €/MWh, █████ €/MWh und █████ €/MWh betrage gerundet █████ €/MWh.
- 5 Die Betroffene trägt vor, der Wortlaut der Norm stütze ihre Vorgehensweise. Wenn der Gesetzgeber die von der Beschlusskammer skizzierte Berechnung habe vorsehen wollen, so hätte er stattdessen auf das kostengünstigste durchschnittliche Entgelt abgestellt. Es entspräche auch dem Normzweck, eine Verzerrung des Entgelts durch Ausreißerwerte in einzelnen Jahren zu verhindern, indem auf einen repräsentativen Durchschnitt abgestellt werde. Das Entgelt von █████ €/MWh stelle einen solchen jährlichen Ausreißer dar, das Entgelt des Vorjahres sei █████ Mal höher. Im Hinblick auf den gesetzlichen Kontrahierungszwang sei die Norm verfassungsmäßig so auszulegen, dass das vom Speicherbetreiber erbrachte Opfer so gering wie möglich ausfällt und bestenfalls kostendeckend, mindestens aber marktgerecht ist. Dafür sei eine Durchschnittsbetrachtung des jeweils preisbewusstesten Speicherkunden besser geeignet als das jeweils günstigste Speicherjahr, da die jährlichen Entgelte wesentlich vom jeweiligen Sommer-Winter-Spread abhängen und deshalb erheblichen Schwankungen unterliegen, die aus Marktpreisentwicklungen und nicht aus der Kostenentwicklung des Speichers resultierten. Diese seien wirtschaftlich weit bedeutender als Unterschiede zwischen einzelnen Speicherkunden. Zudem sei es überzeugender, Verzerrungen aus vom Speicherbetreiber nicht beeinflussbaren Marktentwicklungen in der Berechnungsformel auszugleichen als solche, die aus der selbstverschuldeten Vergabe von Sonderkonditionen an einzelne Kunden resultieren. In diesem Zusammenhang macht sie nähere Angaben zur Zusammensetzung und Höhe ihrer Kosten, zu den geopolitischen Hintergründen der aus ihrer Sicht außergewöhnlich niedrigen und für Speicherbetreiber nicht auskömmlichen Sommer-Winter-Spreads im Speicherjahr 2021/2022 und zu der nach ihrer Darstellung ungünstigen Entwicklung ihrer finanziellen Situation vor dem Hintergrund der jüngsten Ereignisse. Insbesondere führt sie aus, dass sich die Sommer-Winter-Spreads im Laufe des Speicherjahres 2022/2023 so verschoben haben, dass sie deutlich höhere Entgelte hätte vereinnahmen können, wenn sie nicht ihre Speicherkapazität schon zuvor zu den genannten Konditionen der Trading Hub Europe GmbH zur Verfügung hätte stellen müssen.

- 6 Am 30.10.2023 leitete die Beschlusskammer ein Aufsichtsverfahren gegen die Betroffene ein und teilte dies sowohl der Betroffenen als auch der Trading Hub Europe GmbH jeweils durch E-Mail mit. Die Landesregulierungsbehörde Bayern, in deren Gebiet die Betroffene ihren Sitz hat, wurde mit E-Mail vom selben Tag gemäß § 55 Abs. 1 Satz 2 EnWG über die Einleitung des Verfahrens informiert.
- 7 Am 03.01.2024 fand ein persönliches Gespräch zwischen der Betroffenen und der Beschlusskammer per Videokonferenz statt, in dessen Verlauf im Wesentlichen die bekannten Positionen erneut ausgetauscht wurden. Zudem wies die Betroffene in diesem Zusammenhang darauf hin, dass bei einer wiederholten Anwendung des § 35c Abs. 2 EnWG über mehrere Jahre hinweg durch die von der Beschlusskammer vertretene Berechnungsweise eine dauerhafte Anwendung des gesamthaft niedrigsten Entgelts drohe, da in einem solchen Fall auch das auf eben diese Weise berechnete Entgelt in spätere Mehrjahresbetrachtungen einfließe und diese immer wieder nach unten drücke.
- 8 Mit E-Mail vom 31.01.2024 übermittelte die Beschlusskammer der Betroffenen einen Beschlusssentwurf zu Anhörungszwecken, zu welchem die Letztgenannte mit E-Mail vom 29.02.2024 Stellung nahm. Darin hielt sie ihre zuvor schriftlich und mündlich geäußerten Bedenken gegen den Beschluss aufrecht und machte überdies weitere Ausführungen über die Vermarktungssituation ihres Speichers. Sie trug vor, dass der für das Speicherjahr 2022/2023 zunächst noch bestehende Speichervertrag nicht wegen eines mangelnden Marktwerts der Speicherkapazitäten gekündigt worden sei, sondern ausschließlich, weil der damalige Kunde die aufgrund der gesetzlichen Vorgaben zur Speicherbefüllung notwendigen Vertragsänderungen nicht habe akzeptieren wollen. Hieran anschließend schilderte sie ausführlich die komplexe und unter hohem Zeitdruck durchgeführte Abwicklung der Speicherbuchung durch die Trading Hub Europe GmbH, neben der für eine parallele reguläre Vermarktung aufgrund der engen Füllstandsvorgaben nach ihrer Darstellung kein technisch und organisatorischer Raum mehr gewesen sei, weshalb sich daraus auch keine Aussagen über eine mangelnde Marktnachfrage ableiten ließen.
- 9 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakte Bezug genommen.

II. Rechtliche Würdigung

- 10 Die Entscheidung beruht auf § 65 Abs. 3 und § 35c Abs. 2 S. 3 EnWG.

Zuständigkeit

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

Anhörung

12 Der Betroffenen wurde gemäß § 67 EnWG die Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben.

Tatbestandsmäßigkeit

13 Entsprechend der Ermächtigungsgrundlage des § 60 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 und 2 EnWG kann die Regulierungsbehörde eine Zuwiderhandlung gegen das EnWG durch ein Unternehmen auch nach deren Beendigung feststellen, soweit ein berechtigtes Interesse daran besteht. Die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage sind erfüllt.

Zuwiderhandlung gegen das EnWG

14 Die Betroffene hat gegen § 35c Abs. 2 S. 3 EnWG verstoßen, indem sie von der Trading Hub Europe GmbH für die Buchung ihrer Speicherkapazitäten ein Speicherentgelt in Höhe von [REDACTED] € vereinnahmte. Die Trading Hub Europe GmbH nahm in ihrer Eigenschaft als Marktgebietsverantwortliche diese Buchung vor, weil sich abzeichnete, dass die Füllstandsvorgaben nach § 35b Abs. 1 S. 2 EnWG im Winter 2022/2023 im Speicher Wolfersberg andernfalls nicht erreicht würden. In einem solchen Fall wird für das hierfür in Ansatz gebrachte Speicherentgelt nach § 35c Abs. 2 S. 3 EnWG das durchschnittlich kostengünstigste Speicherentgelt der letzten drei Speicherjahre zu Grunde gelegt. Dieses hätte für das in Anspruch genommene Arbeitsgasvolumen von [REDACTED] MWh für die Zeit vom [REDACTED] und von [REDACTED] MWh für die Zeit vom [REDACTED] [REDACTED] € betragen. Das tatsächlich berechnete Entgelt für den gesamten Buchungszeitraum in Höhe von [REDACTED] € war somit um [REDACTED] € zu hoch.

15 Maßgeblich für die Berechnung des durchschnittlich kostengünstigsten Speicherentgelts sind die Speicherjahre 2019/2020, 2020/2021 und 2021/2022. Das durchschnittliche Entgelt eines jeden Speicherjahres entspricht dem jeweils von der [REDACTED] vereinnahmten Entgelt, da es im betreffenden Zeitraum keine anderen Speicherkunden gab und das einzige jeweils in die Betrachtung einzubeziehende Entgelt somit zugleich den Durchschnitt bildet. Die um Heiz- und Treibgas sowie Netznutzungsentgelte bereinigten durchschnittlichen Entgelte betragen somit nach der Überprüfung durch die Beschlusskammer [REDACTED] €/MWh für das Speicherjahr 2019/2020, [REDACTED] €/MWh für das Speicherjahr 2020/2021 und [REDACTED] €/MWh für das Speicherjahr 2021/2022. Das kostengünstigste dieser drei Durchschnittsentgelte ist jenes für das Speicherjahr 2021/2022 in Höhe von [REDACTED] €/MWh. Dieses war somit auch für die Buchung der Trading Hub Europe GmbH anzuwenden. Daraus ergibt sich für das durch diese in Anspruch genommene Arbeitsgasvolumen in Höhe von [REDACTED] MWh ein Gesamtpreis von [REDACTED] €.

- 16 Zwar würde der Wortlaut des § 35c Abs. 2 S. 3 EnWG durch die Formulierung „das durchschnittlich kostengünstigste Speicherentgelt“ rein sprachlich auch eine Rechenmethodik zulassen, bei welcher zunächst das kostengünstigste Entgelt pro Betrachtungsjahr ermittelt und sodann der Durchschnitt dieser Entgelte bestimmt wird. Die Adjektive „durchschnittlich“ und „kostengünstig“ stehen im Normtext gleichberechtigt nebeneinander, der Wortlaut ist insoweit unergiebig und sowohl die eine wie auch die andere Methode hätte vom Gesetzgeber eindeutiger formuliert werden können. Einen Hinweis gibt immerhin der Wortlaut der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 20/1144, S. 16): „Der Erlös aus der Vermarktung der Speicherkapazität einer Gasspeicheranlage [also nicht etwa nur der Kapazität, welche von einem bestimmten Kunden kontrahiert wurde] bereinigt um die variablen Speicherentgelte der Ein- und Ausspeisung wird dividiert durch das vermarktete Arbeitsgasvolumen [wiederum insgesamt und nicht bezogen auf einen einzelnen Vertrag].“ Dies steht auch nicht im Widerspruch zum Hinweis der Betroffenen, diese Formulierung schließe die gemeinsame Betrachtung mehrerer Speicher desselben Betreibers aus; ihre klarstellende Wirkung ist jedenfalls nicht hierauf begrenzt. Letztlich können die Unklarheiten des Gesetzestextes jedoch nur durch eine Auslegung nach dem Sinn und Zweck der Norm überwunden werden.
- 17 Die von der Betroffenen angewendete Berechnungsmethode wird dem Normzweck jedoch nicht gerecht. Setzt man am Durchschnitt der jeweils kostengünstigsten Entgelte an, könnten sich durch einzelne Ausreißerwerte innerhalb eines Speicherjahres erhebliche Verzerrungen des Gesamtentgelts ergeben. Schon kleine Anteile der Speicherkapazität, welche aus beliebigen wirtschaftlichen oder sonstigen Gründen zu einem völlig unrepräsentativen, weit unterhalb der gewöhnlichen Entgelthöhe liegenden Preis vermarktet werden (z.B. ein wirtschaftlich völlig unbedeutender Restposten o.ä.), würden dann den Standard für das betreffende Speicherjahr setzen und in die Durchschnittsbildung einfließen. Ein auf diese Weise ermittelter Durchschnitt aus den niedrigsten Entgelten eines Speicherjahres könnte somit dazu führen, dass das vom Marktgebietsverantwortlichen vereinnahmte Entgelt schon strukturell ungeeignet ist, die tatsächlichen Kosten des Speichers zu decken. Zweck der Regelung ist es aber, die Speicherkosten zumindest näherungsweise abzubilden, um das wirtschaftliche Auskommen des Speicherbetreibers angemessen zu gewährleisten, ohne dass dadurch überhöhte Entgelte angesetzt werden. Dafür werden als Indikator die durchschnittlichen Entgelte des Speichers der vergangenen drei Jahre herangezogen, um sodann unter diesen – um eine insgesamt trotzdem preisgünstige Leistungserbringung zu gewährleisten – das niedrigste anzusetzen.
- 18 Dass diese Herangehensweise im Fall der Betroffenen im Ergebnis nicht zu einem höheren, sondern zu einem niedrigeren Entgelt führt, ändert hieran nichts. Zwar ist zutreffend, dass in ihrem Falle der Ansatz des niedrigsten Jahresmittels zu einem niedrigeren Entgelt führt als der

Durchschnitt des jeweils niedrigsten Speicherentgelts aus den letzten drei Betrachtungsjahren. Dies liegt jedoch vor allem an der besonderen Kundenstruktur der Betroffenen. Da sie in den Betrachtungsjahren jeweils nur einen einzigen Kunden bzw. Speichervertrag hatte, entfällt bei ihr der gesetzgeberisch intendierte Glättungseffekt über sämtliche Buchungsverträge durch die Durchschnittsbildung. Die vom Gesetzgeber vorgegebene Berechnungsweise muss indes nicht nur für den Speicher der Betroffenen, sondern für alle betroffenen Speicher, Kundenstrukturen und denkbaren Entgeltsysteme zu überzeugenden Ergebnissen führen. Die Anknüpfung an einzelne Verträge bzw. in diesen vereinbarte Entgelte birgt grundsätzlich ein weit gravierenderes Verzerrungspotential als ein etwas atypisches Vermarktungsjahr, welches aufgrund der Durchschnittsbildung innerhalb der in diesem Jahr bestehenden Verträge immer noch eine gewisse Repräsentativität besitzen sollte (zumal man auch bei Speicherbetreibern davon ausgehen kann, dass aus rein wirtschaftlichen Eigeninteressen die Gesamtvermarktung der Speicheranlage zu auskömmlichen Einnahmen führen sollte). Der Betroffenen mag zwar in der Sache zuzugestehen sein, dass Schwankungen zwischen den Vermarktungsjahren auch auf unterschiedliche marktgesteuerte Sommer-Winter-Spreads zurückzuführen sein dürften, die von den Speicherbetreibern nicht beeinflussbar sind, während Unterschiede zwischen einzelnen Kunden innerhalb eines Jahres zumindest teilweise auf von den Speicherbetreibern mutwillig gewährten Sonderbedingungen zurückzuführen sein können (aber auch durchaus sachlich begründbar sein können, wie z.B. Restposten o.ä.). Allerdings liegt es auch in der Hand des Speicherbetreibers, ob sein Preisbildungskonzept überwiegend auf marktgesteuerte Sommer-Winter-Spreads beruht oder andere Preisbildungsmechanismen angewendet werden. Letztlich muss dieser Einwand ohnehin ungehört bleiben, da sich dem § 35c Abs. 2 S. 3 EnWG eine Differenzierung nach der Beeinflussbarkeit von Entgeltschwankungen durch den Speicherbetreiber ebenso wenig entnehmen lässt wie irgendeine andere wertende Betrachtung über die Gründe für bestimmte Preisentwicklungen. In komplexeren Situationen könnte der rechnerische Ansatz der Betroffenen zudem zu Unklarheiten führen, da das kostengünstigste Entgelt innerhalb eines Jahres nicht immer eindeutig bestimmbar ist. Dies könnte z.B. relevant werden, wenn innerhalb eines Vertrages bestimmte Teilmengen zu günstigeren Konditionen vermarktet werden als andere und sich die Frage stellen würde, ob diese Bestandteile für sich genommen das niedrigste Entgelt bestimmen oder der Vertrag als Ganzes gewichtet betrachtet werden muss.

- 19 Selbst bei den sehr wenigen von ihr untersuchten Speichern (nämlich den drei von der Trading Hub Europe GmbH kontrahierten) hat die Beschlusskammer konkrete Fallbeispiele ermittelt, in welchen die von der Betroffenen favorisierte Rechenmethode zu weitaus gravierenden Verzerrungen zum Nachteil eines Speicherbetreibers geführt hätte als die von der Kammer vertretene Methode bei der Betroffenen. So ist die Kammer bei der Untersuchung der Entgelte

anderer Speicherbetreiber auf Sachverhalte gestoßen, in welchen in jedem Jahr verhältnismäßig geringe Anteile des Speichervolumens zu besonders günstigen Konditionen vergeben wurden, welche nur einen kleinen Bruchteil der ansonsten bei diesem Speicher üblichen Entgelte betragen. Aufgrund des nicht streng regulierten verhandelten Speicherzugangs ist dies im Grundsatz auch nicht zu hinterfragen. Gäbe in einer solchen Konstellation allerdings allein dieses völlig unrepräsentative Entgelt den Ausschlag für die Bewertung des gesamten Jahres im Rahmen der Durchschnittsbildung, würde sich als „durchschnittlich kostengünstigstes“ Entgelt ein Betrag ergeben, welcher die tatsächlichen Speicherkosten vermutlich nur zu einem Bruchteil abdecken könnte. Demgegenüber ist das von der Betroffenen vereinnahmte niedrigste Jahresentgelt aus dem Speicherjahr 2021/22 zwar relativ niedrig, aber noch nicht um Größenordnungen entfernt von der aus dem Mehrjahresvergleich ersichtlichen Bandbreite. Der intendierte Glättungseffekt ist nicht erforderlich, da in diesem Fall ohnehin keine im Verhältnis zum „Durchschnittskunden“ atypisch niedrigen Verträge mit besonders ungewöhnlichen oder privilegierten Vertragspartnern vorliegen. Es spiegelt letztlich lediglich wider, dass die Marktsituation von Erdgasspeichern gewissen (ggf. auch geopolitisch beeinflussten) Schwankungen unterliegt und in manchen Jahren eher ungünstig ist, in anderen Jahren wegen der monopolähnlichen Stellung der Speicher hingegen sehr auskömmlich. Auch bei dem Entgelt von ████████ €/MWh handelt es sich noch um ein für die Betroffene nicht völlig atypisches und deshalb vermutlich näherungsweise auskömmliches Entgelt, da es ja im Speicherjahr 2021/22 durch die Betroffene selbst zum Ansatz gebracht wurde.

- 20 Die tatsächlichen Kosten des Speicherbetriebs sind in diesem Zusammenhang ohne Belang. Der Gesetzgeber hat eine Kostenprüfung ähnlich wie den Netzbetreibern bei Speicherbetreibern gerade nicht vorgesehen, sondern eine pauschale Berechnungsweise für das Entgelt vorgegeben, welche sich an vorangegangenen Entgelten orientiert und nicht in jedem Einzelfall zu einer vollumfänglichen Kostendeckung im konkreten Jahr führen muss.
- 21 Ebenso kann offenbleiben, ob die Betroffene bei einer regulären wettbewerblichen Vermarktung ihrer Speicherkapazitäten ein höheres Entgelt hätte erzielen können. Es liegt in der Natur der Sache einer gesetzlichen Pauschalregelung, dass diese sich für den Normadressaten sowohl positiv als auch negativ auswirken kann. Das bei einer hypothetischen regulären Vermarktung erzielbare Entgelt ist letztlich spekulativ. Eine unbillige Behandlung der Betroffenen hierdurch erscheint allerdings schon deshalb fraglich, weil sie ohne die Regelung des § 35c EnWG im betroffenen Zeitraum möglicherweise deutlich geringere Erlöse hätte generieren können. Die Buchung und anschließende Befüllung des Speichers durch den Marktgebietsverantwortlichen, welcher insoweit ebenso wie die Speicherbetreiber nicht freiwillig, sondern aufgrund eines gesetzlichen Kontrahierungszwang agiert, ist lediglich deshalb notwendig, weil der Markt den Speicher gerade nicht in entsprechender Weise befüllt hat, der tatsächliche

Marktwert der Speicherleistung also zu diesem Zeitpunkt offenbar nicht ausreichend dafür war. Die Betroffene hat selbst vorgetragen, dass ihr Kunde die Vertragsänderungen zur Aufnahme der Füllstandvorgaben gerade nicht akzeptieren wollte, weshalb die Betroffene von ihrem Sonderkündigungsrecht Gebrauch machen musste, um diese gleichwohl umsetzen zu können.

22 Auch der insbesondere im Gesprächstermin am 03.01.2024 geäußerte Hinweis, die von der Beschlusskammer herangezogene Berechnungsweise könne bei einer mehrjährigen Kaskade von Anwendungen des § 35c Abs. 2 EnWG gleichsam zu einer „Versteinerung“ des Entgelts auf dem niedrigsten Niveau führen, wird von der Beschlusskammer nicht als problematisch angesehen. Unabhängig davon, ob man der Rechenlogik der Kammer oder jener der Betroffenen folgt, kann § 35c Abs. 2 S. 3 EnWG nach Überzeugung der Kammer nur so verstanden werden, dass in die Mehrjahresbetrachtung ausschließlich marktlich zu Stande gekommene Entgelte einfließen können und keine Entgelte, die ihrerseits nach derselben Norm gebildet wurden. Andernfalls würde sich – auch nach der von der Betroffenen angewandten Vorgehensweise, wenn auch in schwächerem Ausmaß – eine strukturelle Verfestigung tendenziell eher niedriger Entgelte ergeben, die nicht dem Sinn der Vorschrift entspräche.

23 Hinzu kommt im Übrigen, dass der Gesetzgeber am 18.01.2024 das Gesetz zur Änderung der Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes zu Füllstandsvorgaben für Gasspeicheranlagen und zur Anpassung weiterer energiewirtschaftlicher Vorschriften beschlossen hat, welches in Art. 1 Nr. 4 c) bb) vorsieht, dass § 35c Abs. 2 EnWG wie folgt geändert wird: *In Satz 3 werden die Wörter „wobei als Speicherentgelt hierfür das durchschnittlich kostengünstigste Speicherentgelt der letzten drei Speicherjahre für die jeweilige Gasspeicheranlage zu Grunde gelegt wird“ durch die Wörter „wobei der Marktgebietsverantwortliche hierfür ein Speicherentgelt zu zahlen hat, das sich rechnerisch ergibt, indem für die jeweilige Gasspeicheranlage für die letzten drei abgeschlossenen Speicherjahre jeweils ein durchschnittliches Speicherentgelt ermittelt und das niedrigste dieser drei durchschnittlichen Speicherentgelte herangezogen wird“ ersetzt.* In der Gesetzesbegründung heißt es dazu: *Es handelt sich um eine Klarstellung der Formulierung zur Höhe der vom Marktgebietsverantwortlichen zu zahlenden Speicherentgelte im Fall der Eigenbuchung von Speicherkapazitäten zur Wahrnehmung der Aufgaben nach den §§ 35a ff.¹* Da der Gesetzgeber diese Änderung des Wortlauts ausdrücklich als bloße Klarstellung bezeichnet hat, geht er offenkundig davon aus, dass auch der bisherige § 35c Abs. 2 EnWG im Sinne der Neufassung auszulegen war. Dieser Begründung kommt schon deshalb hohes Gewicht zu, weil es sich um den Gesetzgeber derselben Legislaturperiode handelt, der an dieser Stelle somit sein eigenes Gesetz erläutert.

¹ BT-Dr. 20/9094, S. 20.

Berechtigtes Interesse an der nachträglichen Feststellung

- 24 Es besteht ein berechtigtes Interesse an einer nachträglichen Feststellung der beschriebenen Zuwiderhandlung, obwohl diese mit der Vereinnahmung des Speicherentgelts für das Speicherjahr 2022/2023 bereits beendet wurde. Der Verstoß gegen die gesetzlichen Bestimmungen ermöglicht es der Trading Hub Europe GmbH, im Wege des Bereicherungsrechts die zu viel gezahlten Beträge von der Betroffenen zurückzufordern. Die vorliegende behördliche Feststellung erleichtert dies, da die Trading Hub Europe GmbH sich in einem möglichen Zivilprozess auf sie berufen kann. An einer erfolgreichen Rückforderung der überschüssigen Beträge besteht ein erhebliches öffentliches Interesse. Die für die Sicherstellung der Versorgungssicherheit entstehenden Kosten werden nach § 35e EnWG auf die Bilanzkreisverantwortlichen und somit mittelbar auf alle Kunden des Gasnetzes in Deutschland umgelegt. Es kommt also der Gesamtheit aller Gastransporteure und mittelbar der Gasverbraucher zu Gute, die Rückzahlung der Beträge durchzusetzen.
- 25 Überdies handelt es sich bei der korrekten Berechnungsweise der Speicherentgelte nach § 35c Abs. 2 S. 3 EnWG um eine Frage von grundlegender Bedeutung. Es kann auch künftig zur Buchung von Speicherkapazitäten zwecks Erfüllung der Füllstandsvorgaben kommen. Die vorliegende Entscheidung bietet somit eine wichtige Orientierungshilfe sowohl für die Betroffene als auch ggf. für andere Speicherbetreiber.

Ermessen

- 26 Die Beschlusskammer hat sich unter sorgsamer Abwägung aller entscheidungsrelevanten Aspekte und Interessen für eine förmliche Feststellung eines Gesetzesverstößes durch die Betroffene im Wege eines Aufsichtsverfahrens entschieden. Dabei hat sie die ungünstigen wirtschaftlichen Folgen eines niedrigeren Speicherentgelts für die Betroffene, die ihr von dieser umfangreich dargelegt wurden, zur Kenntnis genommen und gewürdigt, im Ergebnis jedoch schwächer gewichtet als das Interesse der Trading Hub Europe GmbH, die in diesem Fall die Interessen der über die Umlage mit den Kosten belasteten Marktgebietskunden repräsentiert, an einer Rückerstattung des unrechtmäßig zu viel gezahlten Betrags. Sie hat die Entscheidung vollzogen, da eine formlose Verständigung mit der Betroffenen nicht erreicht werden konnte und es somit nicht zu einer freiwilligen Rückzahlung kam. Ferner erachtet sie es als unangebracht, die Trading Hub Europe GmbH zu einer Rückforderung auf rein zivilrechtlichem Wege anzuhalten, da diese als die Kosten lediglich durchreichende Institution möglicherweise ein unzureichendes intrinsisches Interesse an einer Rechtsstreitigkeit mit der Betroffenen entwickeln könnte, weshalb eine wesentliche Unterstützung der Rechtsdurchsetzung mit den hoheitlichen Befugnissen der Beschlusskammer geboten erschien. Die Kammer hat es dabei im

Sinne der Verhältnismäßigkeit bei einem Feststellungsbeschluss belassen und auf weitergehende Instrumente wie einem unmittelbaren Rückzahlungsbefehl verzichtet. Dabei geht sie davon aus, dass die beiden Vertragsparteien die Implikationen des Beschlusses nach Eintritt von dessen Bestandskraft auch ohne den Einsatz weitergehender hoheitlicher Zwangsmittel umsetzen und die teilweise Rückabwicklung der Zahlungsvorgänge einleiten werden.

Kosten

27 Tenor zu Ziffer 2.) ordnet an, dass hinsichtlich der Kosten gemäß § 91 EnWG ein gesonderter Bescheid ergeht.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen diesen Beschluss kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Beschwerde erhoben werden: Die Beschwerde ist bei dem Beschwerdegericht, dem Oberlandesgericht Düsseldorf (Hausanschrift: Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf), einzureichen.

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 Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

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

Bonn, den 08.04.2024

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer

Dr. Christian Schütte

Dr. Björn Heuser

Stefan Wappe