



- Beschlusskammer 4 -

Az.: BK4-18-054

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren nach § 23 ARegV aufgrund des Antrags auf Genehmigung der Investitionsmaßnahme

der GASCADE Gastransport GmbH, Kölnische Str. 108 - 112, 34119 Kassel, vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin,

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

durch ihren Vorsitzenden Alexander Lüdtké-Handjery,

ihren Beisitzer Roman Smidrkal

und ihren Beisitzer Jacob Ficus

am 22.02.2021

beschlossen:

1. Die Investitionsmaßnahme für das Projekt
„2018-001 GDRM-Anlage Rehden“
wird genehmigt.
2. Die Genehmigung und die Anpassung der Erlösobergrenze sind befristet bis zum
31.12.2022.
3. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.
4. Der Antragstellerin wird auferlegt, den sich aus den Gründen ergebenden Mitteilungspflichten nachzukommen.
5. Die Genehmigung steht unter dem Vorbehalt des Widerrufs.
6. Eine Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin begehrt die Genehmigung einer Investitionsmaßnahme für das Projekt „2018-001 GDRM-Anlage Rehden“ gemäß § 23 Abs. 1 S. 1 ARegV.

Gemäß § 23 Abs. 3 ARegV begehrt die Antragstellerin zudem die Genehmigung der Investitionsmaßnahme für die gesamte betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer der Anlagen über mehrere Perioden hinweg.

Die Antragstellerin ist Betreiberin eines Fernleitungsnetzes mit Sitz in Hessen.

Die Antragstellerin trägt vor, das technische Ziel der Investition sei eine Erhöhung der Kapazität der vorhandenen GDRM-Anlage Rehden von derzeit ca. 900.000 m³/h auf 2.000.000 m³/h zur Übernahme von Mengen aus der Nordeuropäischen-Erdgasleitung (NEL) und deren Ableitung über das System der GASCADE insbesondere zum Netzkopplungspunkt Drohne zur Überspeisung in das Marktgebiet NetConnet Germany (NCG).

Mit der vorliegenden Investitionsmaßnahme soll die bestehende GDRM-Anlage Rehden mit einer Messstrecke erweitert werden.

Zur Begründung der Notwendigkeit führt die Antragstellerin aus, dass das vorliegende Projekt als erforderliche Ausbaumaßnahme im Netzentwicklungsplan (NEP) 2018 identifiziert worden sei (ID 410-01a) diene zusammen mit dem Projekt GDRM-Anlage Drohne (Maßnahme ID 410-01b) zur L-H-Gas-Umstellung des NCG-Marktgebiets und erhöhe die Übergabemengen vom Marktgebiet GASPOOL zu NCG. Basierend auf dem zwischen den Fernleitungsnetzbetreibern abgestimmten Versorgungsszenario des NEP 2018 sei die Erhöhung der Austauschkapazität zwischen der NEL und System der GASCADE in Rehden um ca. 1.100.000 m³/h erforderlich. Eine kontinuierliche und unterbrechungsfreie Übergabe der geforderten Gasmengen sei mit der bestehenden Anlage nicht möglich. Aus diesem Grund sei die Erweiterung um eine zusätzliche Messstrecke erforderlich.

Die Antragstellerin vertritt die Auffassung, dass eine befristete Genehmigungspraxis dem Ziel des EnWG zum bedarfsgerechten Netzausbau zuwider laufe, da nicht gesichert sei, dass die umzusetzende Maßnahme sich positiv oder zumindest neutral in dem nach §§ 12 ff. ARegV vorzunehmendem Effizienzvergleich auf die Antragstellerin auswirke. Diese hätte es nicht selbst in der Hand, ob und in welchem Umfang sie die beantragte Investition tatsächlich zurückverdienen könne, wenn die Maßnahme in den Effizienzvergleich einfließen würde.

Die erstmalige Aktivierung ist für das Jahr 2019 geplant. Die vollständige Inbetriebnahme soll im Jahr 2020 stattfinden.

Die Antragstellerin hat 2.000.000 Euro als geplante Anschaffungs- und Herstellungskosten für die Investitionsmaßnahme angegeben.

Die Antragstellerin hat am 29.03.2018 die Genehmigung der Investitionsmaßnahme für das Projekt „2018-001 GDRM-Anlage Rehden“ beantragt.

Mit Schreiben vom 22.06.2020 wurde die Antragstellerin angehört. Sie hat mit Email vom 15.07.2020 Stellung genommen.

Die Bundesnetzagentur hat die Regulierungsbehörde des Landes Hessen gemäß § 55 Abs. 1 S. 2 EnWG unter dem 09.05.2018 über die Einleitung des Verfahrens informiert.

Unter dem 29.01.2021 wurde der Beschlussentwurf gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG dem Bundeskartellamt und der Regulierungsbehörde des Landes Hessen zur Stellungnahme übersandt. Das Bundeskartellamt und die Landesregulierungsbehörde haben von diesem Recht keinen Gebrauch gemacht.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Verfahrensakte verwiesen.

II.

A. Formelle Rechtmäßigkeit

I. Zuständigkeit

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

II. Antrag und Frist

Der Antrag auf Genehmigung einer Investitionsmaßnahme wurde fristgerecht am 29.03.2018 bei der Bundesnetzagentur gestellt. Anträge auf Genehmigung von Investitionsmaßnahmen sind gemäß § 23 Abs. 3 S. 1 ARegV spätestens neun Monate vor Beginn des Kalenderjahres, in dem die Investition erstmals ganz oder teilweise kostenwirksam werden soll, bei der Bundesnetzagentur zu stellen. Kostenwirksam wird die Investitionsmaßnahme mit der erstmaligen Aktivierung. Die Aktivierung kann entweder als Anlage in Bau oder als Zugang zum Sachanlagevermögen erfolgen. Für die dem vorliegenden Antrag zugrundeliegende Investitionsmaßnahme ist auf die erstmalige Aktivierung im Jahr 2019 abzustellen.

III. Anhörung

Der Antragstellerin wurde gemäß § 67 Abs. 1 EnWG die Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

IV. Beteiligung von Bundeskartellamt und Landesregulierungsbehörden

Die Regulierungsbehörde des Landes Hessen wurde gemäß § 55 Abs. 1 S. 2 EnWG von der Einleitung des Verfahrens benachrichtigt.

Dem Bundeskartellamt sowie der Regulierungsbehörde des Landes Hessen wurde gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

B. Genehmigungsfähigkeit

Für das Projekt „2018-001 GDRM-Anlage Rehden“ ist eine Investitionsmaßnahme gemäß § 23 ARegV zu genehmigen.

I. Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestition

Die Genehmigung einer Investitionsmaßnahme kann nach § 23 Abs. 1 S. 1 ARegV für Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen erfolgen. Unter Erweiterungsinvestitionen sind Maßnahmen zu verstehen, die das bestehende Netz vergrößern. Dabei beschränkt sich die Vergrößerung nicht allein auf die physikalische Netzlänge, sondern umfasst auch die Maßnahmen zur Schaffung von größerem Kapazitätsumfang bzw. Transportmengenvermögen. Die Antragstellerin hat hinreichend nachgewiesen, dass es sich bei der dem Antrag zu Grunde liegenden Investitionsmaßnahme um eine Erweiterungsinvestition handelt, da durch die Maßnahme die Austauschkapazität zwischen der NEL und der GASCADE auf ca. 2.000.000 m³/h erhöht wird.

II. Genehmigungsfähigkeit nach § 23 Abs. 1 S. 2 ARegV

Gemäß § 23 Abs. 1 S. 1 ARegV genehmigt die Bundesnetzagentur Investitionsmaßnahmen für Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen in die Übertragungs- und Fernleitungsnetze, soweit diese Investitionen zur Stabilität des Gesamtsystems, für die Einbindung in das nationale oder internationale Verbundnetz oder für einen bedarfsgerechten Ausbau des Energieversorgungsnetzes nach § 11 EnWG notwendig sind. Eines der in § 23 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 9 ARegV genannten Regelbeispiele ist im vorliegenden Fall nicht einschlägig.

Die Notwendigkeit der Investitionsmaßnahme für einen bedarfsgerechten Ausbau des Energieversorgungsnetzes ergibt sich bereits aus der Bestätigung des Netzentwicklungsplans Gas 2018-2028 vom 20.12.2018 (Az.: 8615 NEP Gas 2018-2028 - Änderungsverlangen) durch die Bundesnetzagentur. Denn das vorliegende Projekt ist vollumfänglich von dieser Bestätigung umfasst.

III. Ersatzanteil

Die gegenständliche Investitionsmaßnahme enthält keinen Ersatzanteil.

Für die vorliegende Investitionsmaßnahme ist der Anwendungsbereich von § 23 Abs. 2b ARegV eröffnet. Die gegenständliche Genehmigung wurde mit Schreiben vom 29.03.2018, eingegangen am 03.04.2018, und somit nach dem 17.09.2016 beantragt.

Bei Investitionsmaßnahmen, die nicht auch dem Ersatz vorhandener Anlagen bzw. vorhandener Anlagenbestandteile dienen, ist gem. § 23 Abs. 2b S. 6 ARegV kein Ersatzanteil abzuziehen. Zwar ist vorliegend kein Regelbeispiel gemäß § 23 Abs. 2b S. 7 ARegV einschlägig, allerdings ist diese Aufzählung keinesfalls abschließend, sodass über die ausdrücklich genannten Beispielsfälle hinaus auch weitere Fälle möglich sind, in denen ein Ersatzanteil von 0 Prozent festzusetzen ist. Dies ist vorliegend der Fall.

So hat die Antragstellerin der Beschlusskammer hinreichend Daten und Informationen, die für die Ermittlung des projektspezifischen Ersatzanteils notwendig sind, vorgelegt. Die Antragstellerin hat glaubhaft nachgewiesen, dass das gegenständliche Projekt ausschließlich Investitionen in vollständig neu zu errichtende Anlagen bzw. Anlagenbestandteile zum Gegenstand hat, die mit keinem Ersatz vorhandener Anlagen bzw. vorhandener Anlagenbestandteile einhergehen.

C. Genehmigungsdauer

Die Genehmigung der vorliegenden Investitionsmaßnahme gilt ausschließlich für den benannten Einzelfall und ist auf den Zeitraum bis zum 31.12.2022 beschränkt. Soweit die Antragstellerin einen über den 31.12.2022 hinausgehenden Genehmigungszeitraum beantragt hat, ist der Antrag abzulehnen.

Die Genehmigungsdauer wird nach pflichtgemäßem Ermessen auf eine Regulierungsperiode beschränkt.

Gemäß § 23 Abs. 3 S. 7 ARegV in der bis zum 21.03.2019 geltenden Fassung konnte der Antrag zwar für mehrere Regulierungsperioden gestellt werden. Daraus ergibt sich aber im Wege des Umkehrschlusses, dass der Verordnungsgeber die Erteilung der Genehmigung für die Zeitdauer einer Regulierungsperiode als Regelfall angesehen hat.¹

¹ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 02.03.2011, Az. VI-3 Kart 253/09 (V).

In der geltenden Anreizregulierung verhält es sich grundsätzlich so, dass Investitionen frühestens zum nächsten Basisjahr im Ausgangsniveau als Basis für die Festlegung der Erlösobergrenze der darauf folgenden Regulierungsperiode Berücksichtigung finden können. Je nachdem, zu welchem Zeitpunkt eine Investition getätigt wird, kommt es zu Verzögerungen im Hinblick auf die Berücksichtigung der zugehörigen Investitionskosten im nächsten Ausgangsniveau.

Vor diesem Hintergrund dient das Instrument der Investitionsmaßnahme – im Interesse des Netzbetreibers – dazu, dass die Kosten für bestimmte Investitionen ausnahmsweise ohne Zeitverzug in der Erlösobergrenze angesetzt werden können. Auf Grundlage der Investitionsmaßnahmengenehmigung wird daher – nach Maßgabe der jeweiligen Genehmigung – die Anpassung der Erlösobergrenze während der laufenden Regulierungsperiode gestattet.

Da es sich bei dem Instrument der Investitionsmaßnahme um eine Ausnahmeregelung vom generellen Budgetprinzip der Anreizregulierung handelt, ist über die Dauer der Investitionsmaßnahmengenehmigungen im Interesse der Allgemeinheit restriktiv zu entscheiden.

Die zeitliche Begrenzung von Investitionsmaßnahmen dient dem gesetzlichen Ziel aus § 1 Abs. 1 EnWG, die Kosten für die Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas möglichst preisgünstig zu halten. Der Geltungszeitraum einer Investitionsmaßnahmengenehmigung bestimmt maßgeblich die Gesamtkosten mit, die der Antragsteller als Zwischenfinanzierung erhält. Diese Gesamtkosten sind bei genehmigten Investitionsmaßnahmen höher als in der regulären Refinanzierung über die Erlösobergrenze. Da Kosten aus genehmigten Investitionsmaßnahmen gemäß § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 ARegV als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten gelten, sind sie während der Genehmigungsdauer dem Effizienzvergleich entzogen. Zum Schutz der Interessen der Netznutzer ist es daher geboten, die Genehmigungsdauer sachgerecht zu begrenzen und die Investitionskosten bereits im Anlagevermögen aktivierter Anlagengüter zügig einer Effizienzkontrolle zuzuführen. Der Ordnungsgeber ist bei der Einführung der Investitionsmaßnahmen davon ausgegangen, dass Investitionsmaßnahmen zunächst nur für eine Regulierungsperiode genehmigt werden und die entsprechenden Kosten spätestens in der zweiten Regulierungsperiode dem Effizienzvergleich unterliegen, damit es zum Schutz der Interessen der Verbraucher bei einer zügigen Effizienzkontrolle bleibt.²

Ein berechtigtes Interesse oder gar ein schützenswertes Vertrauen der Antragstellerin auf die Gewährung eines über den 31.12.2022 hinausgehenden Genehmigungszeitraums ist zum jetzigen Zeitpunkt nicht erkennbar. Anlagengüter der genehmigten Investitionsmaßnahme, die bis zum 31. Dezember des nächsten Basisjahres im Anlagevermögen aktiviert wurden, können anschließend im Ausgangsniveau der Erlösobergrenze der darauffolgenden Regulierungsperiode Berücksichtigung finden, sodass es insofern keiner Sonderbehandlung im Rahmen einer Investitionsmaßnahme mehr bedarf. Für Anlagengüter, die bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht im Anlagevermögen aktiviert wurden, ist ein Neuantrag nach § 23 ARegV möglich.

Dieses Vorgehen ermöglicht eine zügigere Überführung bereits im Anlagevermögen aktivierter Anlagengüter in das Budgetprinzip der Anreizregulierung und setzt so im Sinne eines beschleunigten Netzausbaus einen Anreiz zum zügigen Abschluss der beantragten Investitionsmaßnahme. Die Erfahrungen der vergangenen Jahre haben gezeigt, dass durch die bisherige Genehmigungspraxis hingegen keine Beschleunigungsanreize gesetzt wurden. Nach der bisherigen Regulierungspraxis führte eine geplante Finalisierung des Projektes (teilweise kurz) nach Ende des Basisjahres dazu, dass die Genehmigung der gesamten Investitionsmaßnahme insgesamt, d.h. inklusive bereits im Anlagevermögen aktivierter Anlagengüter,

² BR-Drs. 860/11 S. 10f.

für eine weitere Regulierungsperiode erteilt wurde. Hierdurch könnten Anreize entstanden sein oder noch entstehen, die Projektplanung dementsprechend auszurichten. Diese nunmehr identifizierten möglichen Fehlanreize sind im Interesse eines zügigen und möglichst kostengünstigen Netzausbaus zu vermeiden. Der Sinn der Investitionsmaßnahmengenehmigung, den Netzbetreiber für ein möglichst frühzeitiges Realisieren eines Projekts nicht in der Erlösobergrenze schlechter zu stellen, darf nicht ins Gegenteil umschlagen, insoweit nämlich eine Investition nicht zu gegebener Zeit in die reguläre Erlösobergrenze außerhalb der Investitionsmaßnahmen überführt würde. Die Investitionsmaßnahmengenehmigung stellt den Netzbetreiber besser als in der Erlösobergrenze und ist insofern nur gerechtfertigt, als die Kosten noch nicht regulär in der Erlösobergrenze Berücksichtigung finden können.

Die dargestellte Fortentwicklung der bisherigen Verwaltungspraxis ist verhältnismäßig und geboten. Werden Entwicklungen erkannt, die dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung zuwiderlaufen, ist darauf zu reagieren, um die gesetzlichen Vorgaben weiterhin umzusetzen und insbesondere dem Ziel der preisgünstigen Versorgung Geltung zu verschaffen. Das Interesse der Allgemeinheit an einer preisgünstigen Energieversorgung überwiegt insofern die Interessen der Antragsteller an einer großzügigen Ausschöpfung des durch § 23 Abs. 3 S. 7 ARegV in der bis zum 21.03.2019 geltenden Fassung gezogenen Rahmens für die Befristung der Genehmigungsdauer, zumal die Antragsteller dadurch auch nicht schlechter gestellt werden als in der regulären Refinanzierung über die Erlösobergrenze vorgesehen.

Auch wenn die Verwaltungspraxis der Beschlusskammer zur Befristung der Genehmigungen nach § 23 ARegV im Antragszeitpunkt eine andere war, ist die Verwaltungspraxis zwischenzeitlich – auch der Antragstellerin gegenüber – wirksam geändert worden.

Eine Änderung der Verwaltungspraxis aus vertretbarem Grund und mit Wirkung ex nunc ist zulässig.³

Das Bundesverwaltungsgericht führt in seiner Entscheidung vom 20.03.1973 hierzu Folgendes aus:

„Eine spätere abweichende Ermessensausübung ist generell zulässig, wenn sie sachgerecht ist und nicht nachträglich ändernd in abgewinkelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift. In Fällen, in denen neue Ermessenserwägungen auf noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirken, sind sie nur dann rechtlich bedenklich, wenn der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes im einzelnen Fall der abweichenden Ausübung des Ermessens Schranken setzt (...). Das ist nicht bereits dann der Fall, wenn der Betroffene lediglich in seinen Erwartungen enttäuscht wird. Hinzukommen muss, dass er im Hinblick auf den Bestand der Ermessensbindung Dispositionen getroffen hat und billigerweise darauf vertrauen durfte, die Ermessensbindung werde auf Dauer Bestand haben (...). Diese Grundsätze werden dem Spannungsverhältnis zwischen der notwendigen Anpassung der Verwaltung an veränderte Umstände einerseits und dem Interesse des einzelnen an der Beibehaltung ihm günstiger Verwaltungsübung andererseits gerecht.“⁴

Der vorliegende Fall stellt eine solche zulässige Änderung der Regulierungspraxis dar, zumal sie sich lediglich auf den Umgang mit einer Nebenbestimmung und nicht auf die materielle Entscheidung selbst bezieht. Die Beschlusskammer hat Ende 2018 beschlossen, ihre bishe-

³ vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Auflage 2019, § 40, Rn. 43; BVerwG, Beschluss vom 20.03.1973, I WB 217/72, Rn. 18.

⁴ Vgl. BVerwG, Beschluss vom 20.03.1973, I WB 217/72, Rn. 18.

rige Genehmigungspraxis aufzugeben und die Dauer aller zukünftig zu erteilenden Genehmigungen von Investitionsmaßnahmen auf eine Regulierungsperiode zu beschränken, mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die Möglichkeit, für Anlagegüter, die bis zum 31.12. des nächsten Basisjahres noch nicht im Anlagevermögen aktiviert wurden, einen Neuantrag für die nächste Regulierungsperiode zu stellen. Hintergrund dieser Praxisänderung war, dass die Erfahrungen der vergangenen Jahre gezeigt hatten, dass durch die bisherige Genehmigungspraxis keine Beschleunigungsanreize gesetzt wurden. Da nach der bisherigen Genehmigungspraxis eine geplante Finalisierung eines Projekts nach Ende des Basisjahrs dazu führte, dass die Genehmigung der Investitionsmaßnahme insgesamt, d.h. inklusive bereits im Anlagevermögen aktivierter Anlagengüter, für eine weitere Regulierungsperiode erteilt wurde, konnten Anreize entstehen, die Projektplanung dementsprechend auszurichten, was gerade in Bezug auf möglichst kurzfristig umzusetzende Ad-hoc-Maßnahmen kontraproduktiv gewesen wäre.

Insbesondere vor dem Hintergrund des anstehenden Endes der zweiten Regulierungsperiode zum 31.12.2018 im Strombereich (bzw. der schon zum 31.12.2017 abgeschlossenen zweiten Regulierungsperiode im Gasbereich) haben die Beschlusskammer in den Jahren 2016, 2017 und 2018 eine Vielzahl von Anträgen auf Verlängerung von Investitionsmaßnahmen erreicht, die damit begründet wurden, dass die Inbetriebnahme entgegen der ursprünglichen Planungen nicht bis zum Ende des Basisjahres erfolgen könne. Dies hat die Beschlusskammer zum Anlass genommen, die Praxis der Befristung der Investitionsmaßnahmen zu überprüfen. Bei der daraufhin vorgenommenen systematischen Auswertung sowohl der Neuansträge als auch der Verlängerungsanträge der vergangenen Jahre konnte empirisch festgestellt werden, dass die geplante technische Inbetriebnahme nicht selten für das Jahr nach dem Basisjahr angegeben wurde, was nach der bisherigen Regulierungspraxis zu einer Genehmigung für eine weitere Regulierungsperiode mit der oben beschriebenen Kostenbelastung für den Netznutzer geführt hätte. Ein sachlicher Grund für die Änderung der Verwaltungspraxis liegt daher – wie auch der 3. Kartellsenat des OLG Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 23.04.2020 (Aktenzeichen VI-3 Kart 785/19 [V]) festgestellt hat – vor.

Diese Änderung greift weder nachträglich in abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Sachverhalte noch in eine bestehende Rechtsposition der Antragstellerin ein. Aus der bloßen Antragstellung resultiert keine Rechtsposition und kein Vertrauensschutz. Hierin liegt ein entscheidender Unterschied zu dem vom OLG Düsseldorf im Beschluss VI-3 Kart 704/19 vom 01.04.2020 durch Verweis auf HessVGH, Urteil v. 07.12.2010, 11 A 2758/09, Rn. 52 ff. in Bezug genommenen Fall, in dem eine bereits gewährte Zuwendungsbewilligung nachträglich zulasten der Klägerin geändert worden war. Der vorherigen Verwaltungspraxis die Wirkung eines bereits erteilten begünstigenden Verwaltungsaktes zuzumessen, ohne dass dieser Verwaltungsakt selbst ergangen ist, wäre sowohl inhaltlich als auch systematisch verfehlt. Allein dadurch, dass ein Antrag gestellt wird, wird die zuständige Behörde nicht an ihre für die Vorjahre vor Antragstellung geübte Verwaltungspraxis gebunden. Bei der Befristung einer Investitionsmaßnahme i.S.d. § 23 ARegV handelt es sich zudem lediglich um eine Nebenbestimmung der mit der Investitionsmaßnahmengenehmigung gewährten Vergünstigung, nicht um die Vergünstigung selbst. Darauf, dass diese Nebenbestimmung unter Umständen zu zusätzlichen, vom Verordnungsgeber mit dem Instrument der Investitionsmaßnahme gar nicht bezweckten materiellen Vorteilen für die Antragsteller geführt hat und weiter führen würde, durften sich die Antragsteller in einem rechtlich relevanten Sinne nicht verlassen. Ein Vertrauen, dass die Beschlusskammer an einer die Antragsteller überkompensierenden Befristung auch in Zukunft bei neu zu entscheidenden Fällen festhalten werde, ist rechtlich nicht schützenswert. In einer solchen Konstellation stellt es ferner keine willkürliche Ungleichbehandlung dar, wenn ab einem bestimmten (Entscheidungs-)Zeitpunkt bis dahin noch offene Anträge allein hinsichtlich einer Nebenbestimmung anders behandelt werden als bereits entschiedene Anträge aus demselben Antragsjahr.

Auch im Übrigen ist die Änderung der Verwaltungspraxis gleichmäßig und willkürfrei gegenüber allen Netzbetreibern erfolgt. Denn für keinen der nach Änderung der Verwaltungspraxis

gegen Ende des Jahres 2018 entschiedenen Anträge auf Genehmigung von Investitionsmaßnahmen aus dem Jahr 2016 oder später wurde – mit Ausnahme eines singulären Sonderfalls – noch eine über den 31.12.2022 bzw. 31.12.2023 hinausgehende Genehmigungsdauer ausgesprochen. Bereits Anfang des Jahres 2018 deuteten die Auswertungen der Neu- und Verlängerungsanträge der vergangenen Jahre auf die oben beschriebenen Fehlanreize der alten Regulierungspraxis hin. Seit Anfang Februar 2018 wurden deshalb im Ergebnis weder für Übertragungsnetzbetreiber noch für Fernleitungsnetzbetreiber über den 31.12.2022 bzw. 31.12.2023 hinausgehende Genehmigungen erteilt. Die vorstehend beschriebene Auswertung der Anträge sowie die Prüfung und Umsetzung einer sachgerechten Verwaltungspraxisänderung waren gegen Ende des Jahres 2018 abgeschlossen. Im Dezember 2018 wurden die ersten Anhörungen versendet, die die neue Genehmigungspraxis zur Befristung zum Gegenstand hatten. Im Rahmen der Anhörungen hat die Beschlusskammer die Beweggründe, die zu der Änderung der Verwaltungspraxis geführt haben, ausführlich dargestellt und den Netzbetreibern Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Sämtliche ab diesem Zeitpunkt entschiedene Anträge auf Genehmigung von Investitionsmaßnahmen aus dem Jahr 2016 oder später wurden – mit Ausnahme eines einzelnen Sonderfalls – nach der neuen Verwaltungspraxis auf eine Regulierungsperiode befristet.

Bei der Beurteilung, ob die Änderung der Verwaltungspraxis willkürfrei erfolgt ist, ist aus Sicht der Beschlusskammer in Bezug auf die Befristung als bloßer Nebenbestimmung nicht auf den ursprünglichen Antragszeitpunkt abzustellen, sondern darauf, dass sämtliche ab der beschlossenen Verwaltungspraxisänderung gefassten Beschlüsse (einschließlich solcher über ggf. noch offene Anträge) nach einem einheitlichen Maßstab entschieden werden. Dies war vorliegend der Fall. Aus Sicht der Beschlusskammer war sie angesichts der schon bis zum 21.03.2019 geltenden Rechtslage sowie des Umstands, dass sie lediglich ihren Umgang mit einer Nebenbestimmung zu einer unverändert gewährten Investitionsmaßnahmen-genehmigung umgestellt hat, weder verpflichtet, die Änderung der Verwaltungspraxis vorab anzukündigen und mit einer Stichtags- bzw. Übergangsregelung zu flankieren, noch kann sich die Antragstellerin auf eine Ungleichbehandlung oder auf Vertrauensschutz berufen. Denn wie bereits ausgeführt bestünde eine Ungleichbehandlung – wenn überhaupt – lediglich in zeitlicher Hinsicht darin, dass Anträge aus dem selben Jahr mit unterschiedlicher Befristung genehmigt wurden. Sofern einige Anträge über mehrere, andere hingegen nur für eine Regulierungsperiode genehmigt wurden, handelte es sich aber um einen überobligatorischen, vom Ordnungsgeber gar nicht bezweckten Vorteil (längere Genehmigungsdauer und regulatorische Übererlöse), woraus für die Investitionsmaßnahmen mit „kurzer“ Genehmigungsdauer kein im rechtlichen Sinne relevanter Nachteil erwächst. Im Ergebnis entstehen bei „kurzen“ Genehmigungsdauern nur weniger Übererlöse, während die betroffene Investitionsmaßnahme selbst stets voll refinanzierbar bleibt.

Aus dem Erkennen dieser Übererlöse und der daraus resultierenden Fehlanreize ergibt sich, wie auch der 3. Kartellsenat festgestellt hat, eine neue Sachlage, die nicht nur eine Änderung der Verwaltungspraxis erfordert, sondern es gleichfalls rechtfertigt, noch offene Anträge neu zu bewerten und anders zu behandeln als bereits beschiedene Anträge. Darin liegt bei näherer Betrachtung gerade keine Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte, geschweige denn (im Hinblick auf die ab Ende 2018 einheitlich umgestellte Verwaltungspraxis) ein willkürliches Vorgehen.

Hinzu kommt, dass der vorliegend zu bescheidende Antrag aus dem Jahr 2018 stammt. Für Anträge aus diesen Jahren hat die Beschlusskammer im Ergebnis ohnehin zu keinem Zeitpunkt Genehmigungsdauern von über einer Regulierungsperiode ausgesprochen, so dass schon deswegen keine Ungleichbehandlung vorliegt.

D. Anpassung der Erlösobergrenze

Aufgrund der vorliegenden Investitionsmaßnahme können gemäß § 23 Abs. 1 S. 3 ARegV Kapital- und Betriebskosten geltend gemacht werden. Die entsprechende Anpassung der Erlösobergrenze nimmt die Antragstellerin gemäß § 4 Abs. 3 Nr. 2 i.V.m. § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6, 6a ARegV vor.

I. Umfang der Anpassung der Erlösobergrenze

Die Antragstellerin kann ihre Erlösobergrenze um die sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kosten und Erlöse zum 01.01.2018 anpassen. Insgesamt dürfen sich die Kosten, um die die Erlösobergrenze angepasst wird, lediglich auf die Teile der vorliegenden Investitionsmaßnahme beziehen, die von der Genehmigung dem Grunde nach umfasst sind.

Für die Berechnung der Kapital- und Betriebskosten hat die Antragstellerin gemäß § 23 Abs. 1 S. 4 ARegV die Vorgaben der Festlegung der Bundesnetzagentur zu den Kapital- und Betriebskosten gemäß § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV zu berücksichtigen.

Da die gegenständliche Investitionsmaßnahme vor dem 31.12.2018 beantragt wurde, können als Betriebskosten gemäß § 34 Abs. 11 S. 2 ARegV i.V.m. § 23 Abs. 1 S. 4 ARegV in der bis zum 21.03.2019 geltenden Fassung jährlich pauschal 0,8 Prozent der für die Investitionsmaßnahme tatsächlich angefallenen Anschaffungs- und Herstellungskosten geltend gemacht werden, soweit die Bundesnetzagentur nicht gemäß § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV in der bis zum 21.02.2019 geltenden Fassung für bestimmte Anlagegüter etwas Abweichendes festgelegt hat.

Bei der Anpassung der Erlösobergrenze hat die Antragstellerin die zum Zeitpunkt der Anpassung der Erlösobergrenze aktuellen Festlegungen zu berücksichtigen, soweit diese in zeitlicher Hinsicht anwendbar sind.

II. Zeitpunkt der Anpassung der Erlösobergrenze

Der Zeitpunkt der Anpassung der Erlösobergrenze richtet sich für die vorliegende Investitionsmaßnahme nach § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 i.V.m. § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 ARegV. Danach kann eine Anpassung der Erlösobergrenze unmittelbar im Jahr der Kostenentstehung stattfinden, so dass zunächst auf Plankosten abzustellen ist.

Da für die vorliegende Investitionsmaßnahme von einer erstmaligen Kostenwirksamkeit im Jahr 2019 auszugehen ist, hätte bei einer entsprechenden Genehmigung der Investitionsmaßnahme bereits zum 01.01.2019 eine Anpassung der Erlösobergrenze stattfinden können, da der Antrag zum 31.03.2018 gestellt wurde. Eine solche Anpassung hat in der Regel nicht stattgefunden, da zu diesem Zeitpunkt noch keine Genehmigung der Investitionsmaßnahme vorlag. Der Ausgleich zwischen dem Betrag, um den die Erlösobergrenze zum 01.01.2019 für das vorliegende Projekt tatsächlich angepasst wurde und nach der vorliegenden Genehmigung hätte angepasst werden dürfen, erfolgt gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 ARegV über das Regulierungskonto. Die Differenz wird auf dem Regulierungskonto verbucht und mit dem dort geltenden Zinssatz verzinst.

Soweit eine Anpassung der Erlösobergrenze nicht bereits zum 01.01.2019 oder später stattgefunden hat, kommt es zu einer tatsächlichen Anpassung der Erlösobergrenze erstmalig zum 01.01.2021.

Eine Anpassung der Erlösobergrenze erfolgt jährlich für die Dauer der Genehmigung.

III. Nachträgliche Korrektur der Anpassung der Erlösobergrenze

Da es sich bei den für die Anpassung der Erlösobergrenze heranzuziehenden Kapital- und Betriebskosten um Planwerte handelt, ergibt sich die Notwendigkeit eines so genannten Plan-Ist-Abgleichs zwischen den angesetzten Plankosten und den tatsächlich in dem betrachteten Jahr entstandenen Ist-Kosten für die Investitionsmaßnahme. Der Ausgleich der sich aus der Gegenüberstellung von Plan- und Ist-Kosten eventuell ergebenden Differenz erfolgt gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 ARegV über das Regulierungskonto. Die Differenz wird auf dem Regulierungskonto verbucht und mit dem dort geltenden Zinssatz verzinst. Für die Durchführung des Plan-Ist-Abgleichs sind von der Antragstellerin die Mitteilungspflichten nach Abschnitt E.I. einzuhalten.

IV. Anpassung der Erlösobergrenze nach Auslaufen der Genehmigung gemäß § 23 ARegV

Bei der Anpassung der Erlösobergrenze im Zusammenhang mit Investitionsmaßnahmen ist auch § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6a i.V.m. § 23 Abs. 2a ARegV zu beachten. Danach sind die in den letzten drei Jahren der Genehmigungsdauer der Investitionsmaßnahme entstandenen Kapital- und Betriebskosten als Abzugsbetrag zu berücksichtigen, indem sie bis zum Ende der Genehmigungsdauer aufgezinnt und gleichmäßig über 20 Jahre, beginnend mit dem Jahr nach Ablauf der Genehmigungsdauer der Investitionsmaßnahme, aufgelöst werden. Für die Verzinsung gelten die Regelungen des § 5 Abs. 2 S. 3 ARegV. Mit dieser Regelung wird verhindert, dass es durch den Wechsel auf die sofortige Kostenanerkennung in der Erlösobergrenze zu einer doppelten Berücksichtigung von Kapital- und Betriebskosten aus Investitionsmaßnahmen kommt. Denn die in den letzten drei Jahren der Genehmigungsdauer der Investitionsmaßnahme entstandenen Kapital- und Betriebskosten würden ansonsten aufgrund der neuen Regelung nach § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 ARegV sowohl im Rahmen der genehmigten Investitionsmaßnahme als auch in der Erlösobergrenze gemäß § 4 Abs. 1 ARegV der folgenden Regulierungsbehörde berücksichtigt.

E. Nebenbestimmungen, § 23 Abs. 5 ARegV

Die Genehmigung enthält Nebenbestimmungen nach § 23 Abs. 5 S. 2 ARegV.

I. Mitteilungspflichten, §§ 23 Abs. 5 S. 2, 28 ARegV

Die Antragstellerin hat den ihr im Folgenden auferlegten Mitteilungspflichten nachzukommen. Diese konkretisieren die bereits nach § 28 Nr. 6 ARegV existierenden Mitteilungspflichten. Die Erfüllung dieser Mitteilungspflichten ersetzt nicht die gegebenenfalls notwendige Beantragung einer Änderung der genehmigten Investitionsmaßnahme.

1. Anpassung der Erlösobergrenze

Der Antragstellerin wird auferlegt, die folgenden Angaben anhand der tatsächlichen Werte in einer für einen sachkundigen Dritten in nachvollziehbarer Weise mitzuteilen und zu belegen:

- Die tatsächlichen Anschaffungs- und Herstellungskosten
 - Aktivierungen als Anlagen in Bau
 - Aktivierungen als Fertiganlagen
- Die Abzugspositionen

- Rückstellungen
- Öffentliche Förderungen
- Sonstige kostenmindernde Erlöse
- Die Parameter
 - Aufgenommenes Fremdkapital
 - Erhaltene Baukostenzuschüsse
 - Tatsächliche Fremdkapitalzinsen
 - Gewerbesteuerhebesatz
- Angaben zur Ermittlung des projektspezifischen Ersatzanteils

Bei der Übermittlung dieser Angaben hat die Antragstellerin sich an dem jeweils aktuellen Leitfaden der Bundesnetzagentur zu § 23 ARegV zu orientieren und den jeweils aktuell auf der Internetseite der Bundesnetzagentur dafür bereitgestellten Erhebungsbogen zu verwenden. Ohne entsprechenden Nachweis wäre es der Regulierungsbehörde nicht möglich, zu überprüfen, ob die bislang lediglich als Planwerte vorliegenden Angaben der Antragstellerin insoweit auch tatsächlich so eingetreten sind. Die Beschlusskammer behält sich vor, weitere Anforderungen an Inhalt und Struktur der geforderten Daten vorzugeben.

2. Änderung des Projektes

Der Antragstellerin wird auferlegt, unmittelbar nach Kenntniserlangung eine Änderung des Projektes, insbesondere Änderungen, die sich auf den Inbetriebnahmezeitpunkt, die wesentliche technische Gestaltung oder auf den Ersatzanteil auswirken, bei der Regulierungsbehörde anzuzeigen.

Die Befugnis, die Antragstellerin zu verpflichten, unverzüglich nach Kenntniserlangung eine Änderung des Projektes anzuzeigen, ergibt sich aus § 23 Abs. 5 S. 2 ARegV. Die Informationsverpflichtung ist notwendig, um der Regulierungsbehörde eine sachgerechte Kontrolle der von der Antragstellerin vorzunehmenden Anpassung der Erlösobergrenze zu ermöglichen. Ohne entsprechenden Nachweis wäre es der Regulierungsbehörde nicht möglich, zu überprüfen, ob die geplante Projektausführung der Antragstellerin insoweit auch tatsächlich so eingetreten ist.

II. Widerrufsvorbehalt

Die Genehmigung steht gemäß § 23 Abs. 5 S. 1 ARegV unter dem Vorbehalt des Widerrufs für den Fall, dass die Investition nicht der Genehmigung entsprechend durchgeführt wird. Davon umfasst sind nicht nur die Nichtdurchführung der Investition als solcher, sondern auch von der Genehmigung abweichende Ausführungen.

F. Kosten

Hinsichtlich der Kosten bleibt ein gesonderter Bescheid gemäß § 91 EnWG vorbehalten.

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diese Entscheidung 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 die Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

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



Alexander Lütke-Handjery

Vorsitzender



Roman Smidrkal

Beisitzer



Jacob Ficus

Beisitzer