



BK4-19-074

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren nach § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG

wegen der Aufhebung der Festlegung von abweichenden Betriebskostenpauschalen für Offshore-Anlagen für Betreiber von Übertragungsnetzen bei der Genehmigung von Investitionsbudgets gemäß § 23 ARegV

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

durch ihren Vorsitzenden Alexander Lüdtke-Handjery
ihren Beisitzer Roman Smidrkal
und ihren Beisitzer Jacob Ficus

am 18.05.2020 beschlossen:


Die mit Beschluss BK4-11-026 vom 12.12.2011 erfolgte Festlegung von abweichenden Betriebskostenpauschalen für Offshore-Anlagen für Betreiber von Übertragungsnetzen bei der Genehmigung von Investitionsbudgets gemäß § 23 ARegV wird rückwirkend für das Jahr 2018 aufgehoben.

Gründe

I.

Die Beschlusskammer hatte mit Beschluss BK4-11-026 vom 12.12.2011 eine Festlegung von abweichenden Betriebskostenpauschalen für Offshore-Anlagen für Betreiber von Übertragungsnetzen bei der Genehmigung von Investitionsbudgets gemäß § 23 ARegV (nachfolgend: „Festlegung“) getroffen. Die Festlegung bestimmte anerkennungsfähige Betriebskosten für Offshore-Anlagen in Höhe von 3,4 % der für das Investitionsbudget (nunmehr: Investitionsmaßnahme) anerkennungsfähigen Anschaffungs- und Herstellungskosten.

Diese Festlegung abweichender Betriebskostenpauschalen hob die Beschlusskammer aufgrund einer gutachterlichen Neubewertung durch Beschluss BK4-17-002 vom 22.12.2017 mit Wirkung ab dem 01.01.2019 auf. Die Entscheidung, ab wann diese Aufhebung wirken sollte, war von zwei verfahrensbegleitenden Umständen geprägt. Erstens hatte zum Zeitpunkt des Beschlusses die aufzuhebende abweichende Betriebskostenpauschale in Höhe von 3,4% bereits Eingang in die Ermittlung und Veröffentlichung der Netzentgelte für das Jahr 2018 gefunden, so dass eine Aufhebung noch im Jahr 2017 zum 01.01.2018 mit einem unangemessenen Aufwand verbunden gewesen wäre.



In ihrem Beschluss BK4-17-002 wies die Beschlusskammer deshalb darauf hin, dass § 17f Abs. 4 EnWG in seiner ab dem 01.01.2019 geltenden Fassung ihrer Ansicht nach bereits für die Betriebskosten des Jahres 2018 Anwendung findet und im wirtschaftlichen Ergebnis eine Ist-Kostenabrechnung durchzuführen ist. Wenigstens sei aber davon auszugehen, dass in der Ex-post-Abrechnung der genehmigten Investitionsmaßnahmen die für das Jahr 2018 berücksichtigte Betriebskostenpauschale auf die im Jahr 2018 dann tatsächlich angefallenen Betriebskosten zurückzuführen ist, um eine ausschließliche Ist-Kostenberücksichtigung sicherzustellen. Eine Verrechnung des Saldos erfolge dann im Regulierungskonto.

Trotz mehrmaliger Aufforderung haben die von der Festlegung betroffenen Übertragungsnetzbetreiber eine Abrechnung des Jahres 2018 auf Basis der tatsächlich angefallenen Betriebskosten bisher weder bei der Berechnung der Offshore-Netzumlage noch bei der Ex-post-Abrechnung der genehmigten Investitionsmaßnahmen vorgenommen.

Infolgedessen hat die Beschlusskammer von Amts wegen am 04.12.2019 gemäß § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV ein förmliches Verfahren zur Aufhebung einer von § 23 Abs. 1 S. 3 und 4 ARegV abweichenden Betriebskostenpauschale für Offshore-Anlagen, die zur Bestimmung der genehmigungsfähigen Betriebskosten im Rahmen der Genehmigung von Investitionsmaßnahmen gemäß § 23 ARegV angewendet werden soll, durch Mitteilung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur und im Amtsblatt der Bundesnetzagentur 23/2019, Mitteilung Nr. 662, eingeleitet.

Am 24.01.2020 wurde der Entwurf dieser Aufhebung zur Stellungnahme an die betroffenen Übertragungsnetzbetreiber übermittelt. Mit Schreiben jeweils vom 17.02.2020 haben die Übertragungsnetzbetreiber von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.

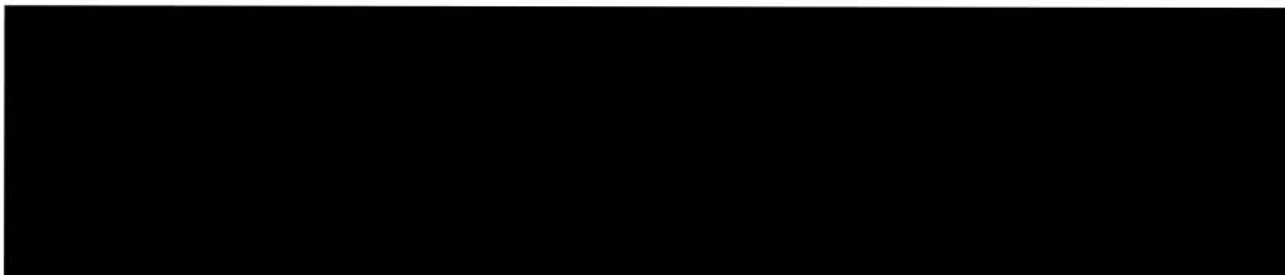
Die beabsichtigte Festlegung sei rechtswidrig. Es lägen keine neuen Erkenntnisse im Sinne des § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG vor, die eine weitere Aufhebung rechtfertigen könnten. Eine rückwirkende Änderung von Festlegungen sei unzulässig.

§ 17f Abs. 4 EnWG begründe keine Ist-Kostenabrechnung der Offshore-Betriebskosten des Jahres 2018. Zum 01.01.2019 habe sich ein Systemwechsel vollzogen, der bei der Berechnung der Offshore-Netzumlage nach neuem Recht einen Rückgriff auf die pauschaliert gewährten Betriebskosten des Jahres 2018 nach altem Recht verbiete. Die neu gefasste Offshore-Netzumlage gelte erst ab dem Jahr 2019, womit die alte Rechtslage - also die Wälzung der Offshore-Anbindungskosten in die Erlösobergrenzen - materiell erst ab dem 01.01.2019 abgelöst worden sei. Da die Kosten einer Investitionsmaßnahme (einschließlich der Betriebskostenpauschale) jahresscharf eingepreist würden, sei der Ausgleich der Betriebskosten abschließend im Jahr 2018 auf Grundlage der Betriebskostenpauschale nach „altem“ Recht erfolgt. Dem stehe auch nicht § 3a StromNEV entgegen. Diese Vorschrift beziehe sich auf die Ermittlung der nach § 17f Abs. 1 S. 2 EnWG umlagefähigen Netzanbindungskosten. § 17f Abs. 1

S. 2 EnWG in seiner jetzigen Fassung sei aber erst mit dem Netzentgeltmodernisierungsgesetz in das EnWG eingefügt worden und beziehe sich damit lediglich auf die Offshore-Anbindungskosten ab dem 01.01.2019. Wenn § 3a Abs. 4 StromNEV auf das „vorangegangene Kalenderjahr“ abstelle, laufe dieser Verweis für das Jahr 2018 leer, da es in diesem Jahr noch keine „nach Absatz 1 ermittelten Netzkosten“, also nach § 17f Abs. 1 S. 2 EnWG umlagefähigen Netzkosten, gegeben habe. Auch wenn sowohl nach alter als auch nach neuer Rechtslage die Kosten über die §§ 4 ff. StromNEV ermittelt würden, stellten sie sich nach altem Recht als Teil der Netzentgelte, nach neuer Rechtslage hingegen als Teil der Offshore-Netzumlage dar. Schuldner seien damit im einen Fall die eigenen Netzkunden, im anderen die Gesamtheit der Netzkunden bzw. der Letztverbraucher.

Im Übrigen sei die Offshore-Betriebskostenpauschale nicht völlig überhöht gewesen. Das dazu von der Beschlusskammer beauftragte Gutachten weise methodische Unstimmigkeiten und Fehler auf. Darauf hätten die Übertragungsnetzbetreiber auch bereits frühzeitig hingewiesen.

Ferner habe es der Beschlusskammer freigestanden, eine Anpassung der Pauschale für die Zukunft festzulegen. Die Übertragungsnetzbetreiber hätten keinen Vertrauenstatbestand dahingehend geschaffen, dass sie für das Jahr 2018 auf die pauschaliert gewährten Betriebskosten verzichten würden und deswegen eine Aufhebung der Betriebskostenpauschale für das Jahr 2018 nicht erforderlich sei. Da mit Beschluss vom 22.12.2017 eine Aufhebung erst ab dem 01.01.2019 erfolgt sei, hätten die Übertragungsnetzbetreiber vielmehr ihrerseits darauf vertrauen dürfen, dass es damit abschließend bei einer Betriebskostenpauschale von 3,4% für das Jahr 2018 bleibe. Sie genössen Vertrauensschutz, die für das Jahr 2018 eingenommene Offshore-Betriebskostenpauschale in Höhe von 3,4% behalten zu dürfen.



Die Landesregulierungsbehörden sind gemäß § 55 Abs. 1 S. 2 EnWG von der Einleitung des Verfahrens im Rahmen des Länderausschusses vom 13.02.2020 informiert worden. Dem Bundeskartellamt und den Regulierungsbehörden der Länder Bayern und Berlin ist unter dem 06.05.2020 Gelegenheit zur Stellungnahme gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG gegeben worden.

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

II.

1. Ermächtigungsgrundlage

Die Aufhebung der Festlegung beruht auf § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG. Dieser ermöglicht nicht nur eine ersetzende Änderung, sondern auch eine ersatzlose Aufhebung der Festlegung (vgl. BGH, Beschluss vom 12.07.2016, Az. EnVR 15/15). Eine solche Aufhebung ist aus Sicht der Beschlusskammer im Einzelfall aus den nachfolgend dargestellten Gründen auch rückwirkend möglich. Die rechtlichen Einwände der betroffenen Übertragungsnetzbetreiber verfangen nicht.

2. Formelle Voraussetzungen**a. Zuständigkeit**

Als Ausgangsbehörde ist die Bundesnetzagentur auch für die Aufhebung der Festlegung BK4-11-026 zuständig. Die Zuständigkeit der Beschlusskammer ergibt sich aus § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG.

b. Anhörung

Den Betroffenen wurde gemäß § 67 Abs. 1 EnWG Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, die sie jeweils mit Schreiben vom 17.02.2020 wahrgenommen haben.

c. Beteiligung von Bundeskartellamt, Landesregulierungsbehörden und Länderausschuss

Die Landesregulierungsbehörden sind gemäß § 55 Abs. 1 S. 2 EnWG von der Einleitung des Verfahrens im Rahmen der Sitzung des Länderausschusses vom 13.02.2020 benachrichtigt worden. Dem Bundeskartellamt und den betroffenen Landesregulierungsbehörden wurde Gelegenheit zur Stellungnahme gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG gegeben.

3. Materielle Voraussetzungen

Die rückwirkende Aufhebung der Festlegung BK4-11-026 auch für das Jahr 2018 ist erforderlich um sicherzustellen, dass ab dem Jahr 2018 keine überhöhten Offshore-Betriebskosten für das Jahr 2018 mehr Eingang in die Offshore-Netzumlage bzw. in die Netzentgelte finden bzw. die pauschal überhöhten Offshore-Betriebskosten für das Jahr 2018 auf ein wirtschaftlich angemessenes Maß zurückgeführt werden.

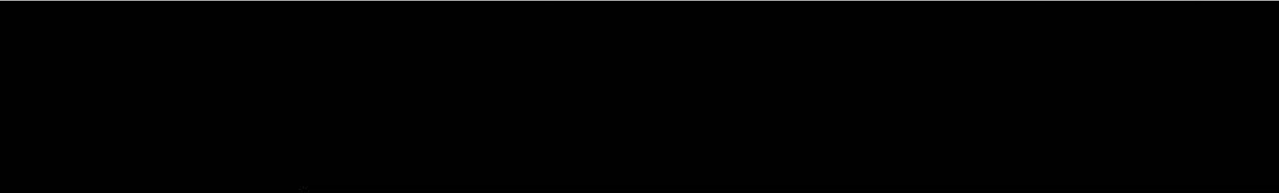
Schon im Jahr 2017 stellte die Beschlusskammer anhand des von ihr in Auftrag gegebenen Gutachtens „Ermittlung einer Betriebskostenpauschale für Offshore-Anlagen“ der BET Büro für Energiewirtschaft und technische Planung GmbH, Aachen, fest, dass die festgelegte Betriebskostenpauschale für Offshore-Anlagen in Höhe von 3,4% der Anschaffungs- und Herstellungskosten nicht mehr erforderlich war, um die strukturellen Besonderheiten solcher Investitionen angemessen zu berücksichtigen. Vielmehr erwies sich die Pauschale in Höhe von 3,4% als völlig überhöht.

Eine Rückführung des für das Jahr 2018 überhöhten Betriebskostenansatzes auf Basis dieser 3,4%, der Eingang in die Ermittlung der Netzentgelte 2018 gefunden hat und den die Übertragungsnetzbetreiber über die Netzentgelte wirtschaftlich auch vereinnahmten, haben die betroffenen Übertragungsnetzbetreiber bisher nicht vorgenommen.

Angesichts der gutachterlichen Feststellungen zur Höhe der tatsächlichen Betriebskosten, der im Verfahren BK4-17-002 ursprünglich beabsichtigten Aufhebung der Festlegung mit Wirkung bereits ab dem 01.01.2018 in Gestalt des mit Schreiben vom 23.11.2017 gemäß § 67 Abs. 1 EnWG angehörten Beschlussentwurfs BK4-17-002, den Ausführungen im Beschluss BK4-17-002 vom 22.12.2017 und der sich anschließenden Nachfragen und Lösungsvorschläge der Beschlusskammer durften die Übertragungsnetzbetreiber frühzeitig und vorab nicht mehr davon ausgehen, für das Jahr 2018 noch eine Betriebskostenpauschale in Höhe von 3,4% nicht nur in Ansatz bringen zu dürfen, sondern auch dauerhaft im wirtschaftlichen Ergebnis vereinnahmen zu können. Ein Vertrauensschutz besteht insofern nicht. Entgegen ihren Ausführungen vom 17.02.2020 war den Übertragungsnetzbetreibern bekannt, dass die Beschlusskammer ihnen lediglich wegen der bereits veröffentlichten Netzentgelte für das Jahr 2018 entgegenkommen wollte, um deren nachträgliche Änderung kurzfristig noch im Jahr 2017 zum 01.01.2018 zu vermeiden. Dies beruhte einzig und allein auf der

Erwägung, dass eine Aufhebung des Beschlusses BK4-11-026 vom 12.12.2011 mit Wirkung ab dem 01.01.2018 zu einer Anpassung der für das Jahr 2018 unter Einbeziehung der Betriebskostenpauschale von 3,4% bereits ermittelten Netzentgelte und damit mittelbar zu nachträglichen Anpassungen der für das Jahr 2018 von einer Vielzahl von Elektrizitätsversorgungsunternehmen bereits angekündigten Strompreise, deren Bestandteil die Netzentgelte sind, hätte führen können. Daraus hätten ein entsprechender Aufwand und möglicherweise Irritationen und Verwerfungen am Markt zu Lasten einzelner Elektrizitätsversorgungsunternehmen resultieren können. Aus diesem offen kommunizierten Beweggrund, den die Übertragungsnetzbetreiber im Übrigen selbst in das Verfahren eingebracht hatten, herzuleiten, die Beschlusskammer werde auf eine nachträgliche Korrektur verzichten, ist abwegig und nicht geeignet, einen entsprechenden Vertrauensschutz zu begründen.

Eine dauerhafte Vereinnahmung der überhöhten Betriebskostenpauschale für das Jahr 2018 wurde von der Beschlusskammer in keiner Weise und zu keinem Zeitpunkt in Aussicht gestellt. Ganz im Gegenteil ist sie überhaupt erst im Laufe des Verfahrens BK4-17-002 auf Bitten der Übertragungsnetzbetreiber von ihrer ursprünglichen Absicht abgerückt, die abweichende Festlegung einer Offshore-Betriebskostenpauschale von 3,4% bereits mit Wirkung ab dem 01.01.2018 aufzuheben. Den Übertragungsnetzbetreibern musste klar sein, dass die Beschlusskammer am Ende des Jahres 2017 nur deshalb auf eine förmliche Aufhebung mit (kurzfristiger) Wirkung ab dem 01.01.2018 verzichtete, um die oben geschilderten negativen Folgen zu vermeiden. Dies war erkennbar lediglich als Aufschub der Rückführung der überhöhten Betriebskostenpauschale für das Jahr 2018 gedacht, keinesfalls als Verzicht.

 Eine solche Ist-Kostenabrechnung wäre auch gemäß der vor dem 01.01.2019 geltenden Rechtslage innerhalb der Wälzung der Offshore-Anbindungskosten in die Erlösobergrenzen zulässig gewesen. Daran müssen die Übertragungsnetzbetreiber sich festhalten lassen, so dass die Frage, ob die neue Gesetzeslage zwingend eine Ist-Kostenabrechnung vorsieht, dahinstehen kann.

Nachdem die Übertragungsnetzbetreiber trotz mehrmaliger Initiative der Beschlusskammer für das Jahr 2018 keine Rückführung der überhöhten Pauschale auf die Ist-Kosten vorgenommen haben, hält es die Beschlusskammer im Rahmen pflichtgemäßer Ermessensausübung für erforderlich und angemessen, die überhöhte Pauschale rückwirkend auch für das Jahr 2018 aufzuheben, um eine klare rechtliche Basis für eine Rückführung der zu viel vereinnahmten Beträge zu schaffen. Ziel ist es, zugunsten der Umlagezahler bzw. der Netznutzer die gutachterlich festgestellte Überhöhung der Pauschale auf ein wirtschaftlich angemessenes Maß zurückzuführen. Ein milderes, gleich geeignetes Mittel ist aufgrund des Verhaltens der Übertragungsnetzbetreiber nicht ersichtlich.

4. Kosten

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

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diese Entscheidung ist die Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich binnen einer mit der Zustellung der Entscheidung beginnenden Frist von einem Monat bei der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn (Postanschrift: Postfach 80 01, 53105 Bonn) einzureichen. Zur Fristwahrung genügt jedoch, wenn die Beschwerde innerhalb dieser Frist bei dem Beschwerdegericht, 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 enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Ferner muss sie die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt. Beschwerdeschrift und Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

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



Alexander Lütke-Handjery

Vorsitzender



Roman Smidrkal

Beisitzer



Jacob Ficus

Beisitzer