



Beschlusskammer 8

Aktenzeichen: BK8-19/08146-25-2

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren nach § 44 VwVfG

wegen **Nichtigkeit des Beschlusses BK8-19/08146-25 zur Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenze auf Grund eines Antrags auf Kapitalkostenaufschlag**

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

durch den Vorsitzenden Karsten Bourwieg,
die Beisitzerin Dr. Ursula Heimann
und den Beisitzer Wolfgang Wetzl,

von Amts wegen

gegenüber der GETEC net GmbH, An der Börse 4, 30159 Hannover, als Rechtsnachfolgerin der GETEC net theta GmbH & Co. KG, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,

am 15.02.2024 beschlossen:

Es wird festgestellt, dass der Beschluss BK8-19/08146-25 vom 10.08.2023 nichtig ist.

Gründe

I.

Die GETEC net theta GmbH & Co. KG hat mit Schreiben vom 20.11.2017 einen Antrag auf Genehmigung der Netzentgelte nach § 23a EnWG gestellt. Eine Erlösobergrenze nach der ARegV wurde bislang nicht bestimmt.

Die GETEC net theta GmbH & Co. KG war Teil der GETEC Gruppe. Zum 01.01.2021 erfolgte die Verschmelzung verschiedener Netzgesellschaften auf die GETEC net GmbH.

Die GETEC net theta GmbH & Co. KG hat mit Schreiben vom 28.06.2019 und mit Übermittlung des Erhebungsbogens über das Energiedatenportal einen Antrag auf Anpassung der festzulegenden kalenderjährlichen Erlösobergrenze des Jahres 2020 gemäß § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 10a ARegV gestellt. Die Beschlusskammer 8 hat diesen Antrag mit Beschluss vom 10.08.2023 beschieden.

Die GETEC net GmbH wurde mit Schreiben vom 11.01.2024 zum hier gegenständlichen Verfahren angehört. Es wurde keine Stellungnahme abgegeben.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakte verwiesen.

II.

Mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben und zur Änderung weiterer energierechtlicher Vorschriften vom 22.12.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 405) besteht eine unionsrechtskonforme Kompetenzverteilung zwischen Gesetz- bzw. Verordnungsgeber und der Regulierungsbehörde. Der Beschluss beruht daher auf einer rechtmäßigen Anwendung des nationalen Rechts auch vor dem Hintergrund der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 02.09.2021, C-718/18.

1.1

Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs

Der Europäische Gerichtshof hat 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 nationalen Regulierungsbehörde verletzt, indem es im deutschen Recht die Bestimmung der Methoden zur Berechnung oder Festlegung der Bedingungen für den Anschluss an und den Zugang zu den nationalen Netzen, einschließlich der anwendbaren Tarife, der Bundesregierung und nicht der nationalen Regulierungsbehörde zugewiesen habe.

1.2

Gesetzesreform und Übergangsregelung

Mit Inkrafttreten der EnWG-Novelle am 29.12.2023 hat der Gesetzgeber das Urteil des EuGH vom 2. September 2021 nunmehr auch hinsichtlich dieses vierten Klagegrundes umgesetzt und insbesondere die Zuständigkeiten bei der Ausgestaltung der Netzzugangs- und Netzentgeltregulierung an die unionsrechtlichen Vorgaben angepasst. Damit hat die Regulierungsbehörde mit Zuweisung der ausschließlichen Kompetenz für die Bestimmung der Methoden zur Berechnung oder Festlegung der Bedingungen für den Anschluss an und den Zugang zu den nationalen Netzen die nach den unionsrechtlichen Bestimmungen erforderliche Unabhängigkeit erlangt.

Die Verordnungsermächtigung des § 24 EnWG a.F. wurde aufgehoben, ebenso wie § 21a EnWG a.F. Beide Regelungen wurden durch Festlegungskompetenzen der Regulierungsbehörde ersetzt. Dabei wurden die bisher in den betroffenen Rechtsverordnungen enthaltenen Festlegungskompetenzen in das EnWG überführt und ergänzt.

Die nach § 21a und § 24 EnWG a.F. erlassenen Rechtsverordnungen treten nach Ablauf einer Übergangszeit außer Kraft, vgl. Art. 15 Abs. 2 bis 6 des Gesetzes zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben. Der Zeitpunkt des Außerkrafttretens entspricht dem Ablauf der vierten Regulierungsperiode im Gassektor (31.12.2027) und Stromsektor (31.12.2028).

In der Übergangszeit wurde der Regulierungsbehörde u.a. gemäß § 21 Abs. 3 S. 5 und § 21a Abs. 3 S. 3 EnWG n.F. einerseits eine Abweichungskompetenz übertragen. Andererseits ermöglicht die Übergangszeit, ein über fast 20 Jahre schrittweise entstandenes normatives Regulierungsrecht, inklusive der dazugehörigen Anwendungs- und Auslegungspraxis, jedenfalls für die Zeit bis zum Außerkrafttreten der Verordnungsregelungen zum Ablauf der vierten Regulierungsperiode fortzuführen. Laut Gesetzgeber sollen hierdurch die für ausreichende Rechts-, Planungs- und Investitionssicherheit wichtige materielle Stabilität des Regulierungsrahmens gewährleistet und bruchartige Entwicklungen in der Rechtsanwendung vermieden werden (vgl. BT-Drs. 20/7310, S. 52).

1.3 Interessenabwägung

Nach Art. 17 des Gesetzes zur Anpassung des Energiewirtschaftsrechts an unionsrechtliche Vorgaben bleiben die auf Basis der bisher in § 21a und § 24 EnWG a.F. erlassenen Verordnungen für eine Übergangszeit weiterhin in Kraft. An diesem Regelwerk zur Entgeltregulierung hält die Bundesnetzagentur zur Aufrechterhaltung eines transparenten, vorhersehbaren und verlässlichen Regulierungsrahmens grundsätzlich fest. Sie sieht vorliegend insbesondere von einer Anwendung der Abweichungskompetenz nach § 21 Abs. 3 S. 5 und § 21a Abs. 3 S. 3 EnWG ab. Einen materiellen Widerspruch zu maßgeblichen Vorgaben des Europäischen Rechts hat der EuGH in seiner Entscheidung vom 02.09.2021 nicht festgestellt und erkennt auch die Beschlusskammer nicht.

Ein Kernstück des national etablierten Regulierungssystems sind die fünfjährigen Regulierungsperioden im Anreizregulierungs- und Netzentgeltbereich. Für die Dauer einer bereits laufenden Regulierungsperiode ist es essentiell, dass der Rechtsrahmen für die gesamte Periode möglichst stabil bleibt. Rechtsänderungen während einer laufenden Regulierungsperiode sind mit Diskontinuität und Rechtsunsicherheit verbunden, die gerade durch Übergangsregelungen zur Weitergeltung der materiell europarechtskonformen Vorgaben vermieden werden können. Darüber hinaus erschwert eine unklare Rechtslage im Übergangszeitraum die notwendigen Investitionen in die Energieversorgungsnetze und führt zu Unsicherheiten nicht nur für die regulierten Unternehmen, sondern auch für die sonstigen Marktteilnehmer.

Des Weiteren verlangen die Richtlinien, 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. Auch würden substantielle Abweichungen vom etablierten Regulierungsrahmen zu starken Verzögerungen der laufenden, an die Erlösobergrenze anknüpfenden und weiterer nach den Rechtsverordnungen vorgesehenen Verfahren führen. Die Festsetzung neuer Regelungen durch die Regulierungsbehörde in einem transparenten und möglichst umfassenden Konsultationsprozess dürfte einige Zeit in Anspruch nehmen. Laufende Verfahren bspw. zur Festlegung der Erlösobergrenze für die vierte Regulierungsperiode könnten sich um Jahre verzögern. Diese Gesichtspunkte wären mit den Richtlinienvorgaben, den Zielsetzungen des Energiebinnenmarkts und mit rechtsstaatlichen Grundsätzen schwerlich vereinbar.

2. Zuständigkeit

Die Bundesnetzagentur ist gemäß § 54 Abs. 1 und 3 EnWG i.V.m. § 44 Abs. 5 HS. 1 VwVfG die zuständige Regulierungsbehörde.

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer ergibt sich aus § 59 Abs. 1 Satz 1 EnWG.

3. Ermächtigungsgrundlage und Verfahren

Die Feststellung der Nichtigkeit ergeht auf Grundlage des § 44 VwVfG. Die GETEC net GmbH wurde nach § 28 Abs. 1 VwVfG bzw. § 67 EnWG angehört. Der Netzbetreiber hat keine Stellungnahme abgegeben.

4. Feststellung der Nichtigkeit

Der Beschluss mit dem Aktenzeichen BK8-19/08146-25 vom 10.08.2023 ist gemäß § 44 Abs. 1 VwVfG nichtig, d.h. unwirksam. Der Beschluss leidet an einem besonders schwerwiegenden Fehler. Dies ist bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich.

Ein Antrag auf einen Kapitalkostenaufschlag kann nur gestellt werden, wenn ein Netzbetreiber in den Anwendungsbereich der ARegV fällt. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Die Rechtsverordnung findet nach § 1 Abs. 2 ARegV auf einen Netzbetreiber, für den noch keine kalenderjährliche Erlösobergrenze nach § 4 Absatz 1 ARegV bestimmt

worden ist, für eine Übergangszeit bis zum Ende der laufenden Regulierungsperiode keine Anwendung. Die Rechtsverordnung bleibt bis zum Abschluss der darauf folgenden Regulierungsperiode unangewendet, wenn bei der nächsten Kostenprüfung nach § 6 Absatz 1 für diesen Netzbetreiber noch keine hinreichenden Daten für das Basisjahr vorliegen.

Für die GETEC theta GmbH & Co. KG wurde keine kalenderjährliche Erlösobergrenze bestimmt. Dementsprechend ist es auch nicht möglich, die kalenderjährliche Erlösobergrenze des Jahres 2020 anzupassen. Dies ist dem Netzbetreiber auch bewusst, denn mit Schreiben vom 20.11.2017 hat er für die GETEC theta GmbH & Co. KG einen Antrag gemäß § 23a EnWG gestellt. Darin wird ausgeführt, dass die GETEC theta GmbH & Co. KG beabsichtigt, zum 01.01.2018 den Betrieb aufzunehmen. Dies kann auch nicht durch den Rechtsnachfolger, die GETEC net GmbH, nachträglich für das Jahr 2020 aufgefangen werden.

Der Fehler ist besonders schwerwiegend i.S.d. § 44 Abs. 1 VwVfG. Der Netzbetreiber kann sich nicht auf eine für ihn nicht anwendbare Norm stützen. Es gibt schlicht keine Erlösobergrenze, die angepasst werden könnte.

Nach verständiger Würdigung der Umstände ist der Fehler auch offensichtlich. Es ist erforderlich, aber auch ausreichend, wenn bei verständiger Beurteilung der schwere Mangel zweifelsfrei erkennbar ist, d.h. wenn weitere Nachforschungen dafür oder besondere Vertrautheit mit der tatsächlichen oder rechtlichen Lage nicht notwendig sind. Hier ist zweifelsfrei erkennbar, dass der Anwendungsbereich der ARegV nicht eröffnet ist und somit ein Antrag keine Aussicht auf Erfolg haben konnte. Indem der Netzbetreiber einen Antrag nach § 23a EnWG gestellt hat, macht er auch deutlich, dass ihm die Einordnung in den Rechtsrahmen bewusst ist.

Die Beschlusskammer stellt daher gemäß § 44 Abs. 5 VwVfG von Amts wegen die Nichtigkeit fest.

Rechtsbehelfsbelehrung

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).

Vorsitzender

Beisitzerin

Beisitzer

Karsten Bouwieg

Dr. Ursula Heimann

Wolfgang Wetzl