



Beschlusskammer 8

Aktenzeichen: BK8-22/008-A

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

wegen **Festlegung zur Anerkennung von Kompensationszahlungen im Rahmen des Ausgleichsmechanismus nach Artikel 49 der Verordnung (EU) 2019/943 als verfahrensregulierte Kosten oder Erlöse i. S. d. §§ 11 Abs. 2 S. 2 Nr. 1, S. 4, 32 Abs. 1 Nr. 4 ARegV und**

Widerruf einer Festlegung einer wirksamen Verfahrensregulierung betreffend das Verfahren zu Kompensationszahlungen im Rahmen des Ausgleichsmechanismus nach Artikel 3 der Verordnung (EG) 1228/2003

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

durch den Vorsitzenden
die Beisitzerin
und den Beisitzer

Karsten Bourwieg,
Dr. Ursula Heimann
Bernd Petermann,

gegenüber

1. der Amprion GmbH, Robert-Schuman-Straße 7, 44263 Dortmund, vertreten durch die Geschäftsführung,
2. der TenneT TSO GmbH, Bernecker Straße 70, 95448 Bayreuth, vertreten durch die Geschäftsführung,
3. der TransnetBW GmbH, Pariser Platz, Osloer Straße 15-17, 70173 Stuttgart, vertreten durch die Geschäftsführung, und
4. der 50Hertz Transmission GmbH, Heidestraße 2, 10557 Berlin, vertreten durch die Geschäftsführung,

– im Folgenden: „Übertragungsnetzbetreiber“ –

am 28.06.2022 beschlossen:

1. Die am 10.03.2009 unter den Aktenzeichen BK6-08-183a/b/c/d erlassenen Festlegungen werden mit Wirkung ab dem 01.01.2024 widerrufen.
2. Kompensationszahlungen im Rahmen des Ausgleichsmechanismus nach Artikel 49 der Verordnung (EU) 2019/943 unterliegen einer wirksamen Verfahrensregulierung.

Die dem Übertragungsnetzbetreiber nach Maßgabe dieser Verfahrensregulierung resultierenden Kosten oder Erlöse bzw. Erträge gelten als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile im Sinne des § 11 Abs. 2 S. 2 Nr. 1, S. 4 ARegV.

3. Die Festlegung ist vom 01.01.2024 bis zum 31.12.2028 befristet.
4. Eine Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.

Gründe

I.

Mit Beschluss vom 10.03.2009 hat die damals innerhalb der Bundesnetzagentur zuständige Beschlusskammer 6 gegenüber der Rechtsvorgängerin des Übertragungsnetzbetreibers eine wirksame Verfahrensregulierung betreffend das Verfahren zu Kompensationszahlungen im Rahmen des Ausgleichsmechanismus nach Artikel 3 der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 festgelegt. Im Tenor zu Ziffer 3 (mit Ausnahme von BK6-08-183c – dort Tenor zu Ziffer 4) hatte die Beschlusskammer 6 den Widerruf vorbehalten. Der Widerrufsvorbehalt galt insbesondere für den Fall des Erlasses von Leitlinien zum ITC¹-Verfahren durch die EU-Kommission. Aktuell ist innerhalb der Bundesnetzagentur die Beschlusskammer 8 zuständig.

Sachlicher Gegenstand des sog. ITC-Ausgleichsmechanismus sind grenzüberschreitende Stromflüsse. Die ÜNB erhalten einen Ausgleich für die Durchleitung grenzüberschreitender Stromflüsse durch ihre Netze sowie für entsprechende Kosten daraus, insbesondere dazu gehörige Übertragungsverluste, durch den Ausgleichsfond für ÜNB (ITC-Mechanismus), der vom Europäischen Verband der ÜNB gem. Art. 5 der VO (EU) Nr. 714/2009 eingerichtet wurde und verwaltet wird. Der ITC-Rahmen wird von der gem. VO (EU) Nr. 713/2009 eingerichteten Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (ACER) überwacht.

Aktuell ist der Ausgleichsmechanismus Gegenstand der europäischen Regelung des Artikels 49 der Verordnung (EU) 2019/943².

Der Ausgleichsmechanismus ist zudem Gegenstand der Verordnung (EU) 838/2010 der Kommission vom 23. September 2010 zur Festlegung von Leitlinien für den Ausgleichsmechanismus zwischen Übertragungsnetzbetreibern und für einen gemeinsamen Regelungsrahmen im Bereich der Übertragungsentgelte.

Diese Leitlinien weisen sowohl ENTSO (Strom) als Verband Europäischer Übertragungsnetzbetreiber als auch ACER mit Blick auf die europäische Regulierung des Ausgleichsmechanismus als Akteure aus.

¹ Englische Fassung: Inter-transmission system operator compensation mechanism (ITC).

² Artikel 3 der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 wurde zunächst von Artikel 13 der Verordnung (EG) Nr. 714/2009 abgelöst und erst dann von Artikel 49 der Verordnung (EU) 2019/943.

Die genannten europäischen Verordnungen werden durch verschiedene Vereinbarungen³ flankiert.

Die Beschlusskammer hat mit Schreiben vom 24.05.2022 den Übertragungsnetzbetreibern gemäß § 67 Abs. 1 EnWG die Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben.

Die Übertragungsnetzbetreiber haben mit Schreiben vom 16.06.2022 eine gemeinsame Stellungnahme abgegeben. Die Übertragungsnetzbetreiber regen an, dass künftig – neben ITC-Kompensationszahlungen – auch außerordentlich entstehende Kosten (z.B. für Studien oder IT-Kosten) Berücksichtigung finden sollten, da auch diese aus der Verfahrensregulierung resultieren würden. Die Übertragungsnetzbetreiber trugen zudem vor, dass – anders als in der Anhörung vorgesehen – künftig auch weiterhin Rechtskosten, also solche der Rechtsverfolgung, ansatzfähig sein sollten. Schließlich baten die Übertragungsnetzbetreiber um eine Klarstellung mit Blick auf die Bestimmung der Verlustenergiekosten.

Die Beschlusskammer hat gemäß § 55 Abs. 1 S. 2 EnWG die zuständigen Landesregulierungsbehörden und das Bundeskartellamt über die Einleitung des Verfahrens informiert. Die Behörden konnten gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG Stellung nehmen. Der Länderausschuss wurde nach § 60a EnWG unterrichtet.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

II.

Der Beschluss ist rechtmäßig. Er beruht auf einer rechtmäßigen Anwendung des nationalen Rechts auch vor dem Hintergrund der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 02.09.2021, C-718/18. Eine Rechtsgrundlage für den Beschluss liegt vor. Der Beschluss ist formell und materiell rechtmäßig.

³ Aktuell handelt es sich hierbei um folgende Vereinbarungen:

- ITC Clearing und Settlement Multi-Year Agreement vom 02.03.2011 der ENTSO (Strom)
- Vertrag über die Umsetzung des ENTSO-E ITC-Vertrages innerhalb der Deutschen ITC-Vertragspartei vom 01.03.2012 der vier Übertragungsnetzbetreiber mit Regelzonenverantwortung
- Anpassungsvertrag vom 04.08.2016 zum Vertrag über die Umsetzung des ENTSO-E ITC-Vertrages innerhalb der Deutschen ITC-Vertragspartei vom 01.03.2012 der vier Übertragungsnetzbetreiber mit Regelzonenverantwortung

1. Vollständige Anwendung des nationalen Rechts auch vor dem Hintergrund des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 02.09.2021, C-718/18

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.).

1.1 Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs

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.

1.2 Reichweite der Entscheidung

Der Europäische Gerichtshof hat aber weder über die Zuständigkeitsfragen hinausgehend einen materiell-rechtlichen Verstoß einzelner Vorgaben der normativen Regulierung ge-

gen 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.

1.3 Keine Nichtigkeit des nationalen Rechts

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.

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.).

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.

1.4 Keine unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie

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:

1.5 Unionsvorschriften inhaltlich nicht unbedingt

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.

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).

1.6 Belastung Einzelner verboten

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).

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.

1.7 Keine objektive unmittelbare Wirkung des Unionsrechts

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).

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).

1.8 Interessenabwägung

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).

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.

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.

2. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur für die vorliegende Festlegung ergibt sich aus § 54 Abs. 1, 1. HS EnWG, die der Beschlusskammer aus § 59 Abs. 1 S. 1 EnWG. In der internen Geschäftsverteilung ist mittlerweile die Beschlusskammer 8 zuständig.

3. Rechtsgrundlagen

Die Ziffer 1 des Beschlusstexts beruht auf § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Var. 2 VwVfG.

Die Ziffer 2 des Beschlusstexts beruht auf §§ 32 Abs. 1 Nr. 4, 11 Abs. 2 S. 2 Nr. 1, S. 4 ARegV i.V.m. § 29 Abs. 1 EnWG.

Die Befristung der Festlegung in der Ziffer 3 des Beschlusstextes beruht auf §§ 3, 32 Abs. 1 Nr. 4 ARegV.

Die Ziffer 4 des Beschlusstextes beruht auf § 91 EnWG.

4. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Festlegung ist formell rechtmäßig.

Eine Anhörung nach § 67 Abs. 1 EnWG hat stattgefunden.

Die Bundesnetzagentur hat die Landesregulierungsbehörden der Länder, in denen die Übertragungsnetzbetreiber ihren Sitz haben, nach § 55 Absatz 1 Satz 2 EnWG über die Einleitung des Verfahrens informiert.

Sowohl das Bundeskartellamt als auch die Landesregulierungsbehörden der Länder, in denen die Übertragungsnetzbetreiber ihren Sitz haben, hatten nach § 58 Absatz 1 Satz 2 EnWG Gelegenheit zur Stellungnahme. Der Länderausschuss wurde nach § 60a EnWG unterrichtet.

5. Materielle Rechtmäßigkeit

5.1. Widerruf

Die Beschlüsse BK6-08-183a/b/c/d werden mit Wirkung für die Zukunft – konkret mit Wirkung ab dem 01.01.2024 – widerrufen. Ein Widerruf war nach § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Var. 2 VwVfG in den betreffenden Beschlüssen vorbehalten. Der Vorbehalt des Widerrufs galt ausdrücklich für den Fall des Erlasses von Leitlinien zum ITC-Verfahren durch die EU-Kommission. Entsprechende Leitlinien liegen zwischenzeitlich vor.

Die Entscheidung über den Widerruf liegt im Ermessen der Beschlusskammer. Eine Ausübung des Aufgreifermessens zum Widerruf erscheint erforderlich und geboten, da die bisher bestehende Entscheidung die betreffenden europäischen Leitlinien noch nicht berücksichtigt und diese europäischen Leitlinien den sog. ITC-Ausgleichsmechanismus und das insofern anzuwendende Verfahren regulatorisch maßgeblich näher ausgestalten.

In Ausübung ihres Ermessens hat die Beschlusskammer sich dafür entschieden, die Entscheidungen nur mit Wirkung für die Zukunft – und insbesondere erst mit Ablauf der dritten Regulierungsperiode Strom, die am 31.12.2023 endet – aufzuheben. Dies steht im Einklang mit der Vorgabe des § 32 Abs. 1 Nr. 4, HS. 2 ARegV, wonach die Festlegung einer wirksamen Verfahrensregulierung befristet werden soll, was hier bisher nicht der Fall war.

Die Befristung selbst soll demnach aber auch für die Dauer der gesamten Regulierungsperiode erfolgen. Vor diesem Hintergrund – und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die europäischen Leitlinien bereits im Jahr 2010 erlassen wurden – hält die Beschlusskammer es mit Blick auf das Bestandsinteresse des Übertragungsnetzbetreibers für geboten, die bisherige Entscheidung aus Gründen der Rechtsicherheit und Kontinuität bis zum Ende der dritten Regulierungsperiode zugunsten der Übertragungsnetzbetreiber fortbestehen zu lassen und weiter anzuwenden.

5.2. Festlegung einer wirksamen Verfahrensregulierung

Die Voraussetzungen für den Erlass dieser Festlegung liegen vor. Die Beschlusskammer hat das ihr zustehende Ermessen ausgeübt. Die Festlegung einer wirksamen Verfahrensregulierung ist erforderlich und geboten.

5.2.1. Festlegungszweck

Nach § 32 Abs. 1 ARegV kann die Regulierungsbehörde Festlegungen im Rahmen der Anreizregulierung treffen, wenn sie der Verwirklichung eines effizienten Netzzugangs und der in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Zwecke dienen.

Die vorliegende Festlegung einer wirksamen Verfahrensregulierung dient der Verwirklichung eines effizienten Netzzugangs gemäß § 32 Abs. 1 ARegV sowie §§ 20 bis 21a EnWG, indem sie zuverlässige Rahmenbedingungen für die betroffenen Übertragungsnetzbetreiber mit Regelzonenverantwortung hinsichtlich der sachgerechten Berücksichtigung von Kosten und Erlösen, die aus dem Ausgleichsmechanismus nach Artikel 49 der Verordnung (EU) 2019/943 resultieren, schafft. Damit wird dem Ziel eines langfristig angelegten, leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Übertragungsnetzen Rechnung getragen. Ferner wird der Ansatz des § 21 Abs. 2 EnWG, Anreize für eine effiziente Leistungserbringung zu setzen, konsequent angewendet.

Die Festlegung dient auch der Verwirklichung der in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Zwecke einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen Versorgung der Allgemeinheit mit Strom. Bei der vorliegenden Festlegung stehen insbesondere die Ziele einer sicheren und effizienten Versorgung sowie die Sicherung eines langfristig angelegten leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen gemäß § 1 Abs. 2 EnWG im Vordergrund.

5.2.2. Festlegung ist erforderlich und geboten

Bei der Entscheidung, ob die Beschlusskammer von ihrem Aufgreifermessen Gebrauch macht, hat sie berücksichtigt, dass die Festlegung erforderlich und geboten ist, um den Umständen und Kosten der Übertragungsnetzbetreiber durch die auf europäischer Ebene vorgesehenen Anforderungen im Zusammenhang mit dem Ausgleichsmechanismus nach Artikel 49 der Verordnung (EU) 2019/943 Rechnung zu tragen.

In der Vergangenheit haben die Kosten und Erlöse der Übertragungsnetzbetreiber aus dem sog. ITC-Ausgleichsmechanismus im nationalen System der Anreizregulierung über eine wirksame Verfahrensregulierung – bestehend aus einer Festlegung i. V. m. einer freiwilligen Selbstverpflichtung des Übertragungsnetzbetreibers – Anerkennung als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile gefunden. Mit Wirkung ab dem 01.01.2024 unterliegt die betreffende Festlegung i. V. m. einer freiwilligen Selbstverpflichtung des Übertragungsnetzbetreibers allerdings der Aufhebung.

Die Beschlusskammer berücksichtigt bei ihrer Entscheidung über die Festlegung einer wirksamen Verfahrensregulierung vorliegend auch, dass § 11 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 ARegV den Ausgleichsmechanismus nach Artikel 49 der Verordnung (EU) 2019/943 ausdrücklich als mögliche Materie aufführt.

Die Festlegung ermöglicht es den Übertragungsnetzbetreibern im nationalen System der Anreizregulierung insbesondere bezogen auf die vierte Regulierungsperiode, Kosten zu refinanzieren, die aus Kompensationszahlungen im Rahmen des Ausgleichsmechanismus nach Artikel 49 der Verordnung (EU) 2019/943 resultieren. Zudem regelt die Festlegung die regulatorische Einordnung möglicher Erlöse der Übertragungsnetzbetreiber, die in diesem Zeitraum ebenfalls aus Kompensationszahlungen aus dem betreffenden Ausgleichsmechanismus resultieren können.

Entgegen der mit Stellungnahme vom 16.06.2022 vorgetragenen Sichtweise der Übertragungsnetzbetreiber, wonach – neben den genannten ITC-Kompensationszahlungen – auch außerordentlich entstehende Kosten sowie Rechts- bzw. Rechtsverfolgungskosten ansatzfähig sein sollen, beschränkt sich die vorliegende Entscheidung auf Kosten und Erlöse aus den ITC-Kompensationszahlungen.

Die außerordentlich entstehenden Kosten resultieren nach Ansicht der Beschlusskammer nicht (unmittelbar) aus der Verfahrensregulierung, sondern entstehen nur (mittelbar) anlässlich der Verfahrensregulierung. Dies ergibt sich schon daraus, dass die europäische

Verfahrensregulierung nur Aussagen über Art und Höhe der insofern „ordentlich entstehenden“ ITC-Kompensationszahlungen trifft und diese damit „umfassend“ im Sinne des § 11 Abs. 2 S. 2 ARegV reguliert. Die europäische Verfahrensregulierung trifft jedoch gerade keine Aussagen über Art und Höhe möglicherweise außerordentlich entstehender Kosten. Aus Sicht der Beschlusskammer bedarf es einer neuerlichen regulatorischen Einordnung der beispielhaft aufgeführten Positionen insofern auch nicht, als die beispielhaft aufgeführten Positionen langjährig entweder bereits in adäquater Form über das Basisjahr- bzw. Budgetprinzip Abbildung finden oder sogar schon über andere wirksame Verfahrensregulierungen abgedeckt werden.

Entsprechendes gilt für mögliche Rechts- bzw. Rechtsverfolgungskosten, die aus Sicht der Beschlusskammer in angemessenem Umfang über das Basisjahr- bzw. Budgetprinzip Abbildung finden.

Bei der Entscheidung zur Ausgestaltung der Festlegung hat die Beschlusskammer das ihr zustehende Auswahlermessen ausgeübt. Die Beschlusskammer erkennt die den Übertragungsnetzbetreibern aufgrund seiner Pflicht zur Beteiligung am Ausgleichsmechanismus nach Artikel 49 der Verordnung (EU) 2019/943 zum Zwecke der Kompensation entstehenden Kosten oder Erlöse als wirksam verfahrensreguliert an.

Die Voraussetzungen des § 11 Abs. 2 S. 2 Nr. 1, S. 4 ARegV liegen vor: Der betreffende Bereich der Kompensationszahlungen im Rahmen des Ausgleichsmechanismus nach Artikel 49 der Verordnung (EU) 2019/943 unterliegt einer umfassenden Regulierung durch und auf Grundlage europarechtlicher Vorgaben.

Die Regelung des Artikels 49 der Verordnung (EU) 2019/943 wird maßgeblich durch die Verordnung (EU) 838/2010 der Kommission vom 23. September 2010 zur Festlegung von Leitlinien für den Ausgleichsmechanismus zwischen Übertragungsnetzbetreibern und für einen gemeinsamen Regelungsrahmen im Bereich der Übertragungsentgelte näher ausgestaltet.

Die Beschlusskammer sieht von der in der Stellungnahme der Übertragungsnetzbetreiber gewünschten Klarstellung zum Referenzpreis der Verlustenergie ab. Eine Einschätzung der national zuständigen Regulierungsbehörde in der Festlegung zur Anerkennung der Kosten als verfahrensreguliert ist entbehrlich. Es wird gerade nicht die Verfahrensregulierung durchgeführt, sondern aufgrund der vorliegenden umfassenden Regulierung des betreffenden Bereichs eine Einstufung als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile vorgenommen. Die Entscheidung über die Vereinbarkeit mit den europäischen Leitlinien

nach der Verordnung (EU) 838/2010 richtet sich nach den dort vorgesehenen Möglichkeiten.

Die betreffenden europarechtlichen Regelungen, die aufgrund ihres rechtlichen Status als europäische Verordnungen national unmittelbare rechtliche Wirkung entfalten, werden durch verschiedene Vereinbarungen flankiert, die weitere Detailfragen des Verfahrens mit Blick auf Kompensationszahlungen im Rahmen des Ausgleichsmechanismus sowohl im Verhältnis zu ENTSO (Strom) als zuständiger Akteurin und im Binnenverhältnis der Übertragungsnetzbetreiber auf nationaler Ebene abschließend klären – z. B. die Aufteilung der Kosten oder Erlöse mit Blick auf die Übertragungsnetzbetreiber untereinander.

Die Beschlusskammer geht davon aus, dass insofern eine sach- und interessengerechte Regelung auf europäischer Ebene vorliegt. Den berechtigten Interessen der Übertragungsnetzbetreiber trägt diese Festlegung im Rahmen der ARegV Rechnung. Auch die Interessen der Netznutzer werden angemessen berücksichtigt. Insbesondere ist dem grundsätzlichen Interesse der Netznutzer Rechnung getragen, dass die Übertragungsnetze kosteneffizient und zugleich leistungsfähig betrieben werden sollen.

Eine entsprechende freiwillige Selbstverpflichtung (FSV) seitens der Übertragungsnetzbetreiber ist vorliegend mit Blick auf den Ausgleichsmechanismus nach Artikel 49 der Verordnung (EU) 2019/943 – anders als bisher – aktuell nach Einschätzung der Beschlusskammer daher nicht erforderlich.

6. Anpassung der Erlösobergrenze

Die Beschlusskammer weist mit Blick auf Tenorziffer 1 darauf hin, dass die Anpassung der Erlösobergrenze nach Maßgabe des § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, 2. und 3. HS ARegV für Sachverhalte bis einschließlich zum 31.12.2023, für die der Beschluss BK6-08-183[a/b/c/d] Wirksamkeit entfaltet, unberührt bleibt.

Mit Blick auf die Tenorziffer 2 erfolgt die Anpassung der Erlösobergrenzen nach Maßgabe des § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, 2. und 3. HS ARegV auf sog. Ist-Kosten-Basis. Das heißt, die in einem Kalenderjahr tatsächlich entstandenen Kosten oder Erlöse sind mit zweijährigem Zeitversatz in der Erlösobergrenze anzusetzen. Diese Praxis, die der Vorgabe des § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, 2. und 3. HS ARegV entspricht, stellt sich nach Einschätzung der Beschlusskammer – auch unter Berücksichtigung der praktischen Erfahrungen aus der Vergangenheit mit dem sog. ITC-Ausgleichsmechanismus mit einem solchen zweijährigen Zeitversatz – als sachgerecht und verhältnismäßig dar. Die Übertragungsnetzbetreiber

haben mit Stellungnahme vom 16.06.2022 ein solches Vorgehen – als im vorliegenden Fall gerechtfertigt – anerkannt.

Die Übertragungsnetzbetreiber haben der Beschlusskammer die ihnen tatsächlich – jeweils im letzten Kalenderjahr – aus dem Ausgleichsmechanismus nach Artikel 49 der Verordnung (EU) 2019/943 entstandenen Kosten und Erlöse im Rahmen der Datenmeldung zur Erlösobergrenze spätestens zwei Werktage vor dem 01. Oktober des Folgejahres mitzuteilen. Auf die Festlegung der Berichtspflichten der Übertragungsnetzbetreiber hinsichtlich der Bildung der vorläufigen und endgültigen Netzentgelte (BK8-19-0001-A) wird insofern hingewiesen.

7. Befristung der Festlegung

Nach § 32 Abs. 1 Nr. 4, HS. 2 ARegV erfolgt die Festlegung einer wirksamen Verfahrensregulierung für die Dauer der gesamten Regulierungsperiode.

Die vierte Regulierungsperiode Strom beginnt am 01.01.2024 und endet am 31.12.2028.

8. Kosten

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

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 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).

Vorsitzender

Beisitzerin

Beisitzer

Bourwieg

Dr. Heimann

Petermann