



Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren nach § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV

wegen **Festlegung der Kosten für marktbasierte Instrumente als volatile Kostenanteile i.S.d. § 11 Abs. 5 ARegV („KOMBI 2.0“)**

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

durch den Vorsitzenden

Dr. Christian Schütte,

die Beisitzerin/den Beisitzer

##

und die Beisitzerin/den Beisitzer

##

gegenüber den Fernleitungsnetzbetreibern i.S.d. § 3 Nr. 5 EnWG

- Fernleitungsnetzbetreiber -

am ## beschlossen:

1. Die Kosten für marktbasierte Instrumente nach Ziff. ## des Beschlusses BK7-23-043 vom ## („ANIKA“) gelten als volatile Kostenanteile i.S.d. § 11 Abs. 5 ARegV.
2. Die nachfolgende Festlegung dieses Beschlusses ist ab dem ## anzuwenden. Zeitgleich tritt der Beschluss BK9-19/606 („KOMBI“) außer Kraft.
3. Eine Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.

GRÜNDE

I. Sachverhalt

- 1 Mit Beschluss vom 25.03.2019 (BK7-19-037 „KAP+“) hat die Beschlusskammer 7 auf der Grundlage eines von den Fernleitungsnetzbetreibern vorgelegten Konzepts für ein Überbuchungs- und Rückkaufssystem festgelegt, dass die Fernleitungsnetzbetreiber nach der Zusammenlegung der zwei deutschen Marktgebiete zum gemeinsamen Marktgebiet THE markt-basierte Instrumente (VIP-Wheeling, Drittnetznutzung und börsenbasiertes Spread-Produkt, so genannte MBI) sowie den Rückkauf von Kapazitäten zur Erhöhung der ausweisbaren frei zuordenbaren Ein- und Ausspeisekapazitäten einsetzen können. Im Rahmen des KAP+-System sollten die MBI testweise erprobt werden.
- 2 Die Beschlusskammer 9 hat daraufhin mit Beschluss vom 30.03.2020 unter dem Aktenzeichen BK9-19/606 („KOMBI“) die durch die MBI sowie dem Kapazitätsrückkauf entstehenden Kosten – auf Basis der „KAP+“-Festlegung – als volatile Kostenanteile i.S.d. § 11 Abs. 5 ARegV festgelegt.
- 3 Die Beschlusskammer 7 hat als Anschlussregelung für das bis zum 01.10.2024 befristete KAP+-System die MBI mit Beschluss vom ##, BK7-23-043 („ANIKA“) gegenüber den Fernleitungsnetzbetreibern als kapazitätserhöhende Maßnahmen im Sinne des § 9 Abs. 3 GasNZV anerkannt. Die Einsatzmöglichkeit der MBI ist nach der ANIKA-Festlegung nicht mehr auf die Behebung des Engpasses an der ehemaligen innerdeutschen Marktgebietsgrenze beschränkt, sondern kommt zur Absicherung fester Kapazität auch in anderen Engpassfällen in Betracht. Ob der Rückkauf von Kapazitäten ebenfalls als kapazitätserhöhende Maßnahme im Sinne des § 9 Abs. 3 GasNZV anerkannt wird, ist im gegenwärtigen ANIKA-Festlegungsentwurf noch offen.
- 4 Die Beschlusskammer 9 hat am 25.07.2023 von Amts wegen ein Verfahren zur Anerkennung der durch diese Maßnahmen entstehenden Kosten als volatile Kostenanteile i.S.d. § 11 Abs. 5 ARegV eingeleitet und veröffentlichte am gleichen Tage zu Konsultationszwecken einen Beschlussentwurf im Internet.
- 5 Hinsichtlich der Einzelheiten des Verfahrens wird auf die Verfahrensakte verwiesen.

II. Rechtliche Würdigung

1. Adressatenkreis

- 6 Die Festlegung richtet sich an alle Fernleitungsnetzbetreiber i.S.d. § 3 Nr. 5 EnWG, die gemäß § 1 ARegV der Geltung der Anreizregulierung unterliegen. Verteilernetzbetreiber sind von der Festlegung ausgenommen.

2. Regelungsgegenstand und -umfang

- 7 Gegenstand der Festlegung sind die Instrumente nach Ziff. ## des Beschlusses vom ##, BK7-23-043 („ANIKA“), der seinerseits ausschließlich Fernleitungsnetzbetreiber adressiert.

3. Zuständigkeit

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

4. Materielle Rechtmäßigkeit

4.1. Ermächtigungsgrundlage

- 9 Die Anordnung zu Ziffer 1.) ergeht auf Grundlage des § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 32 Abs.1 Nr.4a ARegV. Danach kann die Bundesnetzagentur zu volatilen Kostenanteilen gemäß § 11 Abs. 5 ARegV Anordnungen treffen. Die Bundesnetzagentur kann darüber hinaus Vorgaben zu Verfahren machen, die gewährleisten, dass volatile Kostenanteile nur in effizientem Umfang in der Erlösobergrenze berücksichtigt werden. Die Anordnung kann sich an einen Netzbetreiber oder eine Gruppe von Netzbetreibern richten.
- 10 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.).

- 11 (1) 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. Insofern 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.
- 12 (2) Der Europäische Gerichtshof hat aber weder über die Zuständigkeitsfragen hinausgehend einen materiell-rechtlichen Verstoß einzelner Vorgaben der normativen Regulierung gegen 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 Ordnungsgeber 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.
- 13 (3) 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.
- 14 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.).

- 15 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.
- 16 (4) 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:
 - 17 (a) 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.
 - 18 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 anzu-

wenden 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).

- 19 (b) 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).

- 20 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.
- 21 (c) 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).
- 22 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).

- 23 (5) 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).
- 24 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.
- 25 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.

4.2. Volatilität

- 26 Nach § 11 Abs. 5 S. 2 ARegV gelten beeinflussbare oder vorübergehend nicht beeinflussbare Kostenanteile, deren Höhe sich in einem Kalenderjahr erheblich von der Höhe des jeweiligen Kostenanteils im vorhergehenden Kalenderjahr unterscheiden können, als volatile Kostenanteile, sofern die Regulierungsbehörde dies gemäß § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV festgelegt hat. Bei volatilen Kostenanteilen handelt es sich um beeinflussbare Kostenanteile, die einerseits in

den Effizienzvergleich einfließen, andererseits aber eine jährliche Anpassung der Erlösobergrenze wie bei dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteilen ermöglichen (§ 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 ARegV). Im Gegensatz zur Anpassung von dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteilen, die mit einem Zeitverzug angepasst werden, können volatile Kosten als Plankosten und somit ohne Zeitverzug angesetzt werden.

- 27 Treibenergie gilt gemäß § 11 Abs. 5 S. 1 ARegV als volatiler Kostenanteil. Nach § 11 Abs. 5 S. 2 ARegV sieht der Ordnungsgeber auch die Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie grundsätzlich als volatil an. Demgemäß werden in der Begründung zu § 11 Abs. 5 ARegV als Netzbetriebskosten, die starken jährlichen Schwankungen unterliegen können, Treibenergie- und Verlustenergiekosten genannt (BR Drs. 310/10(B), S. 17).
- 28 Die Erfahrungen aus der Testphase im KAP+ System haben gezeigt, dass die Fernleitungsnetzbetreiber seit dem Gaswirtschaftsjahr 2021/2022, trotz immenser Flussverschiebungen aufgrund des Starts des deutschlandweiten Marktgebiets zum 01.10.2022 sowie insbesondere des russischen Angriffskrieges in der Ukraine, keine MBI eingesetzt und keine entsprechenden Kosten geltend gemacht haben. Gleichwohl kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Fernleitungsnetzbetreiber in einem relevanten Engpassfall auf das Instrumentarium der MBI zurückgreifen werden. In welcher Höhe zusätzliche Kapazität vermarktet werden soll, obliegt allein dem Einflussbereich der Fernleitungsnetzbetreiber. Die Vergangenheit hat gezeigt, dass das zusätzliche Kapazitätsangebot nicht zwingend zu MBI-Abrufen führt. Vor diesem Hintergrund sind sowohl der Abruf der MBI durch die Fernleitungsnetzbetreiber als auch die Geltendmachung von Kosten dieser Maßnahmen in der Zukunft ungewiss. Je nach Entwicklung der angemeldeten Transporte durch die Netznutzer können die Mengen und ggf. auch die Preise und damit die Kosten dieser Maßnahmen intertemporal starken Schwankungen unterworfen sein.
- 29 Die Beschlusskammer hat sich deshalb in Ausübung ihres Ermessens und unter sorgsamer Abwägung aller entscheidungsrelevanten Gesichtspunkte dazu entschlossen, Kosten für MBI wie Treibenergie zu behandeln und als volatile Kostenanteile einzustufen. Die Kosten für MBI sind sowohl durch ihre Abhängigkeit von externen Faktoren (also davon, ob die Summe aller Transporte überhaupt zu physischen Netzengpässen führt, welche durch MBI aufgelöst werden müssen) als auch hinsichtlich der Volatilität der jährlichen Kosten mit Treibenergie- und Verlustenergiekosten vergleichbar.
- 30 Die Kosten für den Einsatz von MBI von den Fernleitungsnetzbetreibern können in verschiedener Weise nach der Art und der Höhe beeinflusst werden, sodass es sich hierbei nicht um dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile gem. § 11 Abs. 1, Abs. 2 ARegV handelt.

- 31 Die Beschlusskammer 7 macht keine konkreten Vorgaben zur Ausgestaltung dieser Instrumente. Vielmehr werden den Fernleitungsnetzbetreibern bei der Anwendung und operativen Umsetzung der MBI bewusst Anpassungen oder Ergänzungen ermöglicht. Nach Auffassung der Beschlusskammer 7 wäre es beispielweise möglich, bei der Umsetzung des Spread-Produkts weitere als die im Rahmen des KAP+-Systems anhand der bisherigen Marktgebietsgrenzen hinterlegten Engpasszonen zu definieren, um das Spread-Produkt bei Bedarf flexibler und effizienter einsetzen zu können. Einzige Vorgabe ist, dass die zusätzlichen Engpasszonen auf Basis netztechnischer Erfordernisse diskriminierungsfrei gebildet werden und über eine ausreichende Liquidität verfügen.
- 32 Neben den großen Freiheitsgraden bei der Ausgestaltung der MBI bestehen weitere Einflussfaktoren bei den Fernleitungsnetzbetreibern. Der Umfang der möglichen Kosten durch den Einsatz von MBI wird unter anderem durch das vorherige – über die bestehende physische Netzinfrastruktur nicht darstellbare – zusätzliche Angebot an FZK an den Markt bestimmt. Dabei sind die Fernleitungsnetzbetreiber lediglich gehalten, ein ausreichendes Maß anzubieten. Weitere Vorgaben bezüglich der konkreten Angebotshöhe sowie der Angebotsorte (Buchungspunkte), an denen zusätzliche Kapazitäten angeboten werden, sind vollständig von den Fernleitungsnetzbetreibern beeinflussbar, ebenso wie die vorherige Verteilung der durch die Netz-Assets darstellbaren FZK (Bestandskapazitäten). Somit ist im Vorfeld ein sehr hohes Maß an Beeinflussbarkeit durch die FNB gegeben.
- 33 Zwar sind die Fernleitungsnetzbetreiber verordnungsrechtlich verpflichtet, das – auch durch MBI abgesicherte – Kapazitätsangebot für mindestens die kommenden fünf Gaswirtschaftsjahre anzubieten. Allerdings reduziert das die Beeinflussungsmöglichkeiten der Fernleitungsnetzbetreiber nicht derart signifikant, dass es eine Einstufung der Kosten als dauerhaft nicht beeinflussbar rechtfertigen würde. Sofern die angebotenen Kapazitäten nur anteilig in der Höhe und in der Laufzeit für die kommenden fünf Gaswirtschaftsjahre kontrahiert werden, können die Fernleitungsnetzbetreiber für die nachfolgende Jahresauktion auch eine bedarfsgerechte Umverteilung des Kapazitätsangebots vornehmen.
- 34 Darüber hinaus sind Kosten für Lastflusszusagen gemäß der Festlegung BK9-14/606 („KOLA“) als volatile Kosten anzuerkennen. Lastflusszusagen sind im Sinne des § 9 Abs. 3 GasNZV eine kapazitätserhöhende Maßnahme, um ein ausreichendes Maß an festen, frei zuordenbaren Kapazitäten (FZK) anzubieten. Im Sinne des Beschlusses BK7-23-043 vom ## („ANIKA“) werden MBI (Drittnetznutzung, VIP-Wheeling und Spread-Produkt) als weitere kapazitätserhöhende Maßnahmen im Sinne des § 9 Abs.3 GasNZV anerkannt. Folglich werden durch die ANIKA Festlegung Lastflusszusagen und MBI gleichgestellt. Vor diesem Hintergrund sind die Kosten der MBI ebenfalls als volatil und nicht als dauerhaft nicht beeinflussbar anzusehen.

4.3. Effizienter Einsatz

- 35 Der Einsatz der MBI hat effizient zu erfolgen. Die Beschlusskammer sieht diese Anforderung insbesondere dadurch als erfüllt an, dass die Fernleitungsnetzbetreiber gemäß § 9 Abs. 3 GasNZV verpflichtet sind, den Einsatz von kapazitätserhöhenden Maßnahmen so gering wie möglich zu halten. Dies beinhaltet zum einen, grundsätzlich zunächst kostenfreie netz- und marktbezogenen Maßnahmen auszuschöpfen, bevor MBI zum Einsatz kommen können. Zum anderen sind bei Abrufnotwendigkeit die MBI anhand einer Merit-Order-Liste zu reihen und die jeweils kostengünstigsten Maßnahmen abzurufen, sofern diese in der Lage sind, den netztechnischen Engpass zu beheben.

4.4. Kosten für Kapazitätsrückkäufe

- 36 Die Beschlusskammer 9 beabsichtigt, über diesen Konsultationsentwurf hinaus auch Kosten für Kapazitätsrückkäufe als volatile Kostenanteile i.S.d. § 11 Abs. 5 ARegV in den finalen Beschluss aufzunehmen, sofern die Beschlusskammer 7 den Kapazitätsrückkauf als kapazitätserhöhende Maßnahme im Sinne von § 9 Abs. 3 GasNZV im Beschluss BK7-23-043 vom ## („ANIKÄ“) festlegen sollte.

4.5. Ermessen

- 37 Um die Fernleitungsnetzbetreiber in die Lage zu versetzen, die ihnen beim Einsatz von Maßnahmen zur Beseitigung von Engpässen im zukünftigen deutschlandweiten Marktgebiet entstehenden Kosten zeitnah in ihre Erlösobergrenzen einzubeziehen, erkennt die Beschlusskammer in Ausübung des ihr in § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV eingeräumten Ermessens die Kosten für marktbasierte Instrumente gemäß dem Beschluss BK7-23-043 vom ## („ANIKÄ“) als volatile Kostenanteile i.S.d. § 11 Abs. 5 ARegV an.

4.6. Inkrafttreten

- 38 Mit der Einstufung von MBI als volatile Kostenanteile gem. Tenorziffer 1 dieses Beschlusses nimmt die Beschlusskammer Bezug auf den Beschluss BK7-23-043 vom ## („ANIKÄ“), durch den die MBI als kapazitätserhöhende Maßnahmen im Sinne des § 9 Abs. 3 GasNZV anerkannt werden. Hieraus ergibt sich das Datum des Inkrafttretens zum ##. Aufgrund der dauerhaften Implementierung der MBI als kapazitätserhöhende Maßnahmen im Sinne des

§ 9 Abs. 3 GasNZV sowie die damit verbundenen Kosten als volatile Kostenanteile gem. Tenorziffer 1, hebt die Beschlusskammer den Beschluss BK9-19/606 („KOMBI“) gem. Tenorziffer 2 vor Ablauf der Befristung auf.

III. Kosten (§ 91 EnWG)

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

IV. Öffentliche Bekanntmachung (§ 73 Abs. 1a S. 1 EnWG)

40 Da die Festlegung gegenüber allen deutschen Fernleitungsnetzbetreibern erfolgt, die gemäß § 1 ARegV der Geltung der Anreizregulierung unterworfen sind, nimmt die Beschlusskammer, in Ausübung des ihr nach § 73 Abs. 1a S. 1 EnWG zustehenden Ermessens, neben der individuellen Zustellung eine öffentliche Bekanntmachung der Festlegung vor. Die öffentliche Bekanntmachung wird dadurch bewirkt, dass der verfügende Teil der Festlegung, die Rechtsbehelfsbelehrung und ein Hinweis auf die Veröffentlichung der vollständigen Entscheidung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur im Amtsblatt der Bundesnetzagentur bekannt gemacht werden (§ 73 Abs. 1a S. 2 EnWG). Die Festlegung gilt gemäß § 73 Abs. 1a S. 3 EnWG mit dem Tage als zugestellt, an dem seit dem Tag der Bekanntmachung im Amtsblatt der Bundesnetzagentur zwei Wochen verstrichen sind.

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 der oder dem 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).

Bonn, den ##

Vorsitzender

Beisitzerin/Beisitzer

Beisitzerin/Beisitzer

Dr. Christian Schütte

##

##