

Bundeskabinett verabschiedet Änderung von Verordnungen zur Netzregulierung

Das Bundeskabinett hat am 31. Juli 2013 die Verordnung zur Änderung von Verordnungen auf dem Gebiet des Energiewirtschaftsrechts (BR-Drs. 447/13) verabschiedet. Die Verordnung wurde am 5. Juli 2013 unter der Maßgabe weitreichender, auf Empfehlungen verschiedener BR-Ausschüsse ergangener Änderungen vom Bundesrat beschlossen. Mit der Verordnung werden Vorschriften der Stromnetzentgeltverordnung (StromNEV), der Gasnetzentgeltverordnung (GasNEV) und der Anreizregulierungsverordnung (ARegV) novelliert.

Die Änderungen betreffen insbesondere Themen, die Gegenstand einer Vielzahl derzeit anhängiger Verwaltungs- bzw. Beschwerdeverfahren sind. Dies betrifft zum einen die Neuregelungen hinsichtlich der Preisindizes zur Ermittlung der Tagesneuwerte, die Ermittlung des Zinssatzes für den die 40 % übersteigenden Eigenkapitalanteil, die Tatbestandsvoraussetzungen für Anträge auf einen bereinigten Effizienzwert nach § 15 ARegV sowie die Erweiterung des Anwendungsbereichs von Investitionsmaßnahmen für Elektrizitätsverteilernetzbetreiber. Zum anderen wird mit der Verordnung das sog. Pooling geregelt und die Vorgaben zur Vereinbarung individueller Netzentgelte novelliert.

Übersicht

- Preisindizes zur Ermittlung der Tagesneuwerte
- Zinssatz für den 40 % übersteigenden EK-Anteil
- Bereinigung des Effizienzwerts nach § 15 ARegV
- Investitionsmaßnahmen für Verteilernetzbetreiber
- Pooling
- Individuelle Netzentgelte, § 19 Abs. 2 StromNEV

Nachfolgend geben wir einen ersten Überblick über wesentliche Änderungen.

Preisindizes zur Ermittlung der Tagesneuwerte

Mit § 6a StromNEV und § 6a GasNEV werden erstmals im Verordnungswege die für die Ermittlung der Tagesneuwerte anzuwendenden Indexreihen vorgegeben. Hintergrund dieser Änderung ist, dass das OLG Düsseldorf mit Beschlüssen vom 06.06.2012 die von der BNetzA festgelegten Indexreihen für rechtswidrig erklärt hatte. Zwar hat die BNetzA Rechtsbeschwerde gegen diese Entscheidungen eingelegt; gleichwohl hat es der Verordnungsgeber – wieder einmal – für einfacher gehalten, den absehbaren gerichtlichen Niederlagen der BNetzA vor dem BGH unter Ignorierung des Prinzips der Gewaltenteilung durch eine gesetzliche Maßnahme etwas die Bedeutung zu nehmen. Bemerkenswert ist dabei die Begründung, in der die Neuregelung damit gerechtfertigt wird, dass *"die verwendeten Indexreihen zu differenziert und dadurch nicht praxistauglich genug sind"*. Mit etwas mehr Ehrlichkeit hätte man hier schlicht auf die gerichtlich festgestellte Rechtswidrigkeit der von der BNetzA festgelegten Indexreihen abstellen können.

Grundlegend neue Vorgehensweise

Interessant ist, dass der Verordnungsgeber sich für eine gegenüber den bisherigen Festlegungen der BNetzA grundlegend andere Vorgehensweise entschieden hat. So werden deutlich weniger Mischindexreihen als früher verwendet; im Gasbe-

reich gibt es Mischindexreihen nur noch bei einer Anlagengruppe. Eine explizite Berücksichtigung des Lohnanteils erfolgt gar nicht mehr. Begründet wird diese Änderung der Vorgehensweise damit, dass eine *"kleinteiligere Vorgehensweise ... die Treffersicherheit nicht erhöht [hätte]."* Es wird von einer *"Verdichtung"* auf wenige Indexreihen gesprochen. Die verwendeten Indexreihen entstammen der Fachserie 17 des Statistischen Bundesamts; bislang wurden Indexreihen der Fachserie 16 und 17 verwendet.

Der jeweilige Absatz 1 der §§ 6a StromNEV/GasNEV regelt, welche Indexreihen bei der Ermittlung der Tagesneuwerte grundsätzlich Anwendung finden sollen. Insbesondere bestimmt § 6a Abs. 1 StromNEV/GasNEV den Bauleistungsindex *"Ortskanäle"* als maßgeblichen Index, um die Preisentwicklung der relevanten Tiefbauarbeiten abzubilden. Aufgrund der Verwendung dieses speziellen Index erfolgt keine separate Berücksichtigung des Lohnkostenanteils mehr.

Durch § 6a Abs. 1 Nr. 2-4 StromNEV sowie § 6a Abs. 1 Nr. 3 GasNEV wird die Indexreihe *"Ortskanäle"* unter Angabe einer prozentualen Gewichtung mit anderen Indexreihen zu Mischindizes verbunden. Dies soll zum einen dem Umstand Rechnung tragen, dass bei der Errichtung bzw. Wiederbeschaffung eines bestimmten Anlagenguts die Verteilung der Arbeits- und Materialkosten unterschiedlich ausfallen kann. Zum anderen sollen hierdurch die besonderen Anforderungen an Material und Sicherheit bei Gasleitungen berücksichtigt werden, die für Druckbereiche größer als 16 bar ausgelegt sind.

Verkettung

§ 6a Abs. 2 StromNEV/GasNEV regeln das Vorgehen in dem Fall, dass die in Abs. 1 benannten Indexreihen für den relevanten Zeitraum nicht vorliegen. In einem solchen Fall ist vorgesehen, dass eine Verkettung mit vergleichbaren Indexreihen erfolgt. Diese sog. Ersatzindexreihen sind in dem jeweiligen Absatz 2 der Norm näher bezeichnet. In diesem Zusammenhang wird zudem die Methodik der Verkettung bzw. die Ermittlung des Verkettungsfaktors vorgegeben. Ausweislich der Verordnungsbegründung soll die Multiplikation der Ersatzindexreihe mit dem Verkettungsfaktor dazu führen, dass die Preisänderung unverändert bleibt.

Bedauerlich ist, dass die vom OLG Düsseldorf heraus gearbeiteten Erkenntnisse in der Neu-Regelung keine Berücksichtigung finden. So ist beispielsweise eine Plausibilisierung der Ergebnisse in der Verordnung nicht vorgesehen.

Inkrafttreten und praktische Auswirkungen

Die Neuregelungen sollen nach dem Willen des Verordnungsgebers eine verlässliche, einheitliche Ermittlung der Tagesneuwerte nach § 6 Abs. 3 S. 2 StromNEV/GasNEV für die Zukunft ermöglichen und die bisherigen Unsicherheiten beseitigen, die durch die bislang vorgesehene Verwendung anlagengruppenspezifischer Indexreihen entstanden sind. Gem. § 32 Abs. 7 StromNEV/ GasNEV erfolgt die Ermittlung der Tagesneuwerte unter Anwendung der Indexreihen des Statistischen Bundesamtes rückwirkend ab dem 1. Januar 2013 gemäß dieser Neuregelung. Vor dem Hintergrund, dass die BNetzA und auch die Landesregulierungsbehörden im Gas-Bereich bislang noch

nicht alle Erlösobergrenzenbescheide erlassen haben, wird möglicherweise im Einzelfall eine entsprechende Modifikation des in den meisten Fällen bereits ermittelten Ausgangsniveaus erfolgen. Deren Zulässigkeit muss dann im Einzelfall geprüft werden. Ferner wird sich die Frage stellen, wie die Parteien mit den beim BGH anhängigen Rechtsbeschwerden umgehen werden.

Zinssatz für den die 40 % übersteigenden Eigenkapitalanteil

Erstmals detailliert geregelt wird die Ermittlung des Zinssatzes, mit dem der Anteil des Eigenkapitals zu verzinsen ist, der die regulatorisch zulässige Eigenkapitalquote von 40 % übersteigt (sog. EK-II). Insofern werden die bisherigen § 7 Abs. 1 S. 5 StromNEV/GasNEV geändert und ein neuer Abs. 7 in § 7 StromNEV/GasNEV eingefügt.

Die Änderung soll ausweislich der Begründung zur Verordnung der Beseitigung von Unsicherheiten in der Regulierungspraxis dienen (BR-Drs. 447/13, S. 15). Der BGH hatte mit Beschluss vom 14.08.2008 entschieden, dass die Regulierungsbehörde den (fiktiven) Fremdkapitalzinssatz nach § 5 Abs. 2, 2. Hs. StromNEV nicht ohne weiteres entsprechend der aus den Monatsberichten der Deutschen Bundesbank ersichtlichen durchschnittlichen Umlaufrendite festverzinslicher Anleihen der öffentlichen Hand mit einer Laufzeit von über 4 Jahren und einer mittleren Laufzeit von mehr als 3 Jahren mit 4,78 % pro Jahr ansetzen könne (bezogen auf das Basisjahr 2004) (BGH, Az. KVR

36/07). Diesbezüglich sei vielmehr auch ein Risikozuschlag für die Inkaufnahme von Ausfallrisiken zu beachten. Hinsichtlich der konkreten Bemessung dieses Risikozuschlags hatte der BGH allerdings an das OLG Koblenz als das Beschwerdegericht zurückverwiesen. Dieses hatte in dem konkreten Verfahren mit Beschluss vom 08.11.2012 (OLG Koblenz, Az. 6 W 595/06 Kart.) einen Risikozuschlag in Höhe von 0,44 % angenommen (vgl. hierzu ausführlich unseren Newsletter "Aktuelle Rechtsprechung zur Anreizregulierung – Effizienzvergleich, § 15 ARegV und Fremdkapitalzinssatz" von November 2012).

Anwendung von drei Nominalzinsreihen

Wie bislang soll die Verzinsung des die 40 % übersteigenden Eigenkapitalanteils unter Verwendung eines Nominalzinssatzes erfolgen. Entgegen der bisherigen Regelung und Behördenpraxis ergibt sich dieser Nominalzinssatz nunmehr aus dem Durchschnittswert der letzten 10 Jahre der drei folgenden von der Bundesbank veröffentlichten Umlaufrenditen:

- Anleihen der öffentlichen Hand
- Anleihen von Unternehmen
- Hypothekendarlehen.

Ausweislich der Begründung (BR-Drs 447/13, S. 15) soll die Auswahl der drei Nominalzinsreihen den Besonderheiten des Netzgeschäfts (Langfristigkeit und hoher Anteil an Anlagevermögen) Rechnung tragen. Insbesondere durch die anteilige Heranziehung der Bundesbankreihe "Umlaufrendite fest verzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten – Anleihen von Unternehmen (nicht-MFIs)" werde der geforderte Risikozuschlag berücksichtigt. In der Annahme, dass

sich das unternehmerische Risiko von Netzbetreibern vom unternehmerischen Risiko vollständig im Wettbewerb stehender Unternehmen deutlich unterscheidet, werde dieses unternehmerische Risiko des Netzbetriebs durch die Mittelung der Unternehmensanleihenreihe mit zwei eher risikolosen Reihen angemessen abgebildet. Anders als ein festgeschriebener pauschaler Zinssatz zzgl. Risikozuschlag gewährleiste die Regelung nach dem Ordnungsgeber eine fortlaufende Anpassung des anzuwendenden Zinssatzes an die aktuelle Entwicklung der Märkte. Durch Satz 3 der Neuregelungen wird zudem klargestellt, dass keine weiteren Zuschläge, z.B. für fiktive Emissionskosten, berücksichtigt werden.

Inkrafttreten und praktische Auswirkungen

Ausweislich des neuen § 32 Abs. 7c) StromNEV/GasNEV erfolgt die Verzinsung des die 40 % übersteigenden Eigenkapitalanteils entsprechend der Neuregelung rückwirkend ab dem 01.01.2013. Während im Strombereich hierdurch sichergestellt werden soll, dass der für die 2. Regulierungsperiode noch vorzunehmende Effizienzvergleich auf der Grundlage dieser Neuregelungen erfolgt, stellt der Ordnungsgeber in der Begründung für den Gasbereich explizit klar, dass der bereits durchgeführte Effizienzvergleich durch die Änderungen "*nicht berührt*" werde. Dies hat zur Konsequenz, dass die infolge der Neuregelungen notwendig werdenden Korrekturen am Ausgangsniveau nicht zugleich im Effizienzvergleich abgebildet werden. Dabei erscheint fraglich, ob die Außerachtlassung der Änderungen mit Blick auf den Effizienzvergleich zutreffend und rechtlich zulässig ist. § 12 Abs. 1 S. 3 ARegV legt expli-

zeit fest, dass der Effizienzvergleich von nachträglichen Änderungen im Ausgangsniveau lediglich infolge rechtskräftiger gerichtlicher Entscheidungen unberührt bleibt, nicht jedoch infolge von rückwirkend in Kraft tretenden Ordnungsänderungen. In jedem Fall ist festzuhalten, dass für noch anhängige Beschwerdeverfahren gegen Entgeltgenehmigungen nach § 23a EnWG in Bezug auf den Ansatz eines Risikozuschlags nicht die neue Rechtslage Anwendung finden kann. Insofern hat eine (unternehmens)individuelle Ermittlung des Risikozuschlags zu erfolgen.

Bereinigung des Effizienzwerts nach § 15 ARegV

Im Rahmen der Änderung der ARegV sind die Tatbestandsvoraussetzungen des § 15 Abs. 1 S. 1 ARegV deutlich verschärft worden.

Einschränkung des Begriffs der Besonderheit der Versorgungsaufgabe

Auf Empfehlung des Bundesrats hin wurde zunächst der Begriff der Besonderheit der Versorgungsaufgabe modifiziert. Nach der Neuregelung kann eine Besonderheit der Versorgungsaufgabe nur bei *"außergewöhnlichen strukturellen Unterschieden"* vorliegen. Damit soll nach der Begründung des Bundesrats klar gestellt werden, dass eine Bereinigung des Effizienzwertes nur auf Grund von Ursachen erfolgen kann, die ihrer Art nach nur bei einem einzelnen Netzbetreiber oder einer äußerst geringen Anzahl von Netzbetreibern bestehen. Hintergrund dieser Änderung ist laut Bundesrat die Rechtsprechung des BGH, wonach bei einer durch einen

Umstand verursachten Kostensteigerung von mindestens 3 % von dem Vorliegen einer "Besonderheit der Versorgungsaufgabe" im Sinne des § 15 Abs. 1 S. 1 ARegV auch dann auszugehen sei, wenn die Ursache der Kostenerhöhung ihrer Art nach nicht nur bei einzelnen Netzbetreibern auftritt (BGH, Beschluss vom 09.10.2012 – EnVR 88/10). Durch die Neuregelung soll nunmehr ausgeschlossen werden, dass allein die Überschreitung des Schwellenwerts von 3 % zur Annahme einer "Besonderheit" und damit zur Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 15 Abs. 1 S. 1 ARegV führt. Überdies wird die Möglichkeit der Anerkennung von Besonderheiten dem Wortlaut der Neuregelung nach auf solche Umstände beschränkt, die durch den Netzbetreiber "nicht beeinflussbar" sind. Die Bereinigung des Effizienzwerts soll nach dem Willen des Bundesrats nicht auf Grund solcher Umstände erfolgen, die im Verantwortungsbereich des Netzbetreibers liegen.

Erhöhung des Schwellenwerts auf 5 %

Daneben wird mit der Neuregelung der prozentuale Schwellenwert von 3 % auf 5 % erhöht. Der Bundesrat begründet diese Verschärfung damit, dass hierdurch der Ausnahmecharakter der Norm nochmals unterstrichen werden soll. So habe die Regulierungspraxis nach Ansicht des Bundesrats gezeigt, dass der Schwellenwert von 3 % zu gering bemessen sei.

Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht zweifelhaft

Im Ergebnis führen die Neuregelungen zu einer erheblichen Einschränkung des Anwendungsbereichs der Norm. Ob dies sachgerecht ist, erscheint zweifelhaft. Es ist insbesonde-

re vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BGH nicht nachvollziehbar, warum eine Besonderheit der Versorgungsaufgabe nur dann vorliegen soll, wenn diese nur bei einzelnen Netzbetreibern besteht, nicht jedoch in dem Fall, dass eine Vielzahl von Netzbetreibern mit einer entsprechenden Aufgabe konfrontiert ist, diese allerdings einzelne Netzbetreiber in außergewöhnlich hohem Maße belastet.

Vielmehr gebietet es der Grundsatz der Erreichbarkeit und Übertreffbarkeit der Effizienzvorgaben gem. § 21a Abs. 5 S. 4 EnWG auch in diesem Fall eine Bereinigung des Effizienzwerts vorzunehmen. Es erscheint somit zweifelhaft, ob das enge Begriffsverständnis der Besonderheit der Versorgungsaufgabe so, wie es nunmehr nach der Neuregelung in § 15 Abs. 1 S. 1 ARegV normiert ist, insofern mit höherrangigem Recht vereinbar ist.

Erhöhung des Schwellenwerts unverhältnismäßig

Zudem erscheint die Erhöhung des Schwellenwerts von 3 % auf 5 % unverhältnismäßig. In diesem Zusammenhang ist bereits der Verordnungshistorie zu entnehmen, dass die Bundesregierung die Festlegung eines derart hohen Werts zu keinem Zeitpunkt für erforderlich erachtet hat. So war bereits im ursprünglichen Verordnungsentwurf zur ARegV vom 15.06.2007 ein Schwellenwert von nur 1 % enthalten, der im Laufe des Ordnungsverfahrens auf Vorschlag des Bundesrates auf 3 % heraufgesetzt wurde. Begründet wurde dies seinerzeit damit, dass dadurch der Ausnahmecharakter der Norm betont werden sollte. Die Schwelle von 3 % wurde hierfür auch vom Bundesrat als ausreichend erachtet. Warum dem Ausnahmecharakter der Norm nun durch eine weitere Heraufsetzung des Schwellenwerts auf 5 % Rechnung zu

tragen ist, ist vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar. In diesem Zusammenhang verfängt jedenfalls die vom Bundesrat ebenfalls vorgebrachte Begründung nicht, die Schwelle von 3 % führe zu einer unangemessenen Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Norm. In der Praxis sind ohnehin bislang vergleichsweise wenige Fälle bekannt, in denen die Regulierungsbehörden Anträge auf Bereinigung des Effizienzwerts positiv beschieden hätte.

Inkrafttreten und praktische Auswirkungen

Nach der klarstellenden Verordnungsbegründung sollen die Neuregelungen des § 15 Abs. 1 S. 1 ARegV bereits für den gesamten Zeitraum der zweiten Regulierungsperiode uneingeschränkt Anwendung finden. Die derzeit bei der BNetzA bzw. der Landesregulierungsbehörden anhängigen Anträge der Gasnetzbetreiber sind damit aufgrund der neuen Rechtslage zu bescheiden. Dabei dürfte jedoch eine Ablehnung der gegenwärtigen Anträge nicht ohne weiteres mit dem Hinweis auf das Nicht-Vorliegen einer Besonderheit bzw. das Nicht-Überschreiten der 5 %-Schwelle erfolgen können. Vielmehr dürften die Regulierungsbehörden angehalten sein, den Netzbetreibern im Wege der Anhörung Gelegenheit zur entsprechenden Ergänzung ihrer Anträge zu geben. Dies erscheint bereits deshalb geboten, weil die Regulierungsbehörden durch die mittlerweile erhebliche Zeitverzögerung bei der Festlegung der Erlösobergrenzen die Grundlage für die Anwendbarkeit der verschärften Neuregelung geschaffen hat.

Investitionsmaßnahmen für Verteilernetzbetreiber

Für Verteilernetzbetreiber können nach der Neuregelung des § 23 ARegV für Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen in die Hochspannungsebene Investitionsmaßnahmen genehmigt werden, soweit die Investitionen zur Stabilität des Gesamtsystems, für die Einbindung in das nationale oder internationale Verbundnetz oder für einen bedarfsgerechten Ausbau des Energieversorgungsnetzes notwendig sind.

Der Wirtschaftsausschuss des Bundesrats hatte kurzfristig den Vorschlag eingebracht, § 23 ARegV und auch § 10 ARegV aufzuheben und damit den Erweiterungsfaktor und die Investitionsmaßnahmen vollständig entfallen zu lassen. Stattdessen sollte das System einer sogenannte Investitionskostendifferenz eingeführt werden. Dieser bereits seit einiger Zeit diskutierte Vorschlag ("Schäfer-Modell") fand jedoch keine Mehrheit.

Erhöhter Investitionsbedarf in der Hochspannungsebene

Bislang war die Möglichkeit, Investitionsmaßnahmen zu beantragen, für die Verteilernetzbetreiber beschränkt. Zwar wurde bereits im Rahmen der Novellierung im Jahr 2012 die Genehmigung von Investitionsmaßnahmen für Verteilernetzbetreiber insofern erleichtert, als dass diese nicht mehr nur "im Einzelfall" erfolgen sollten. Den Anforderungen der Praxis genügte die Regelung dennoch nicht. Auch der Ordnungsgeber erkannte, dass § 23 Abs. 6 und § 10 Abs. 2 ARegV die aufgrund der Energiewen-

de entstandenen Anforderungen an die Verteilernetzbetreiber nicht hinreichend abbilden. Denn viele der notwendigen Investitionen auf der Hochspannungsebene wurden durch § 23 Abs. 6 S. 1 ARegV nicht erfasst. Und auch der bislang vorrangig zur Anwendung kommende Erweiterungsfaktor wurde aufgrund seiner Pauschalität nicht (mehr) als geeignetes Instrument angesehen, um Investitionen zu fördern. Da sich der notwendige Netzausbau gerade auf der Hochspannungsebene bei den einzelnen Netzbetreibern stark unterscheiden kann, ist vielmehr eine individuelle Beurteilung nötig. Dafür ist - auch nach Ansicht des Ordnungsgebers - die Investitionsmaßnahme das geeignetere Instrument. Mit § 23 Abs. 7 ARegV wird Verteilernetzbetreibern nun die Möglichkeit eröffnet, zusätzlich zu den in § 23 Abs. 6 ARegV vorgesehenen Fällen Investitionsmaßnahmen zu beantragen.

Einschränkung des Erweiterungsfaktors

Im Hinblick auf die Schaffung des neuen § 23 Abs. 7 ARegV erfolgt eine Änderung des § 10 ARegV. Werden Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen auf der Hochspannungsebene zukünftig über Investitionsmaßnahmen erfasst, so sollen sie nach dem Willen des Ordnungsgebers vom Erweiterungsfaktor ausgenommen werden, um eine Doppelberücksichtigung in der Erlösobergrenze zu vermeiden. Gemäß § 10 Abs. 4 in seiner neuen Fassung finden der Erweiterungsfaktor daher auf Hochspannungsnetze bei Betreibern von Verteilernetzen keine Anwendung. Gleichzeitig bleiben zukünftig die Kosten des Hochspannungsnetzes bei der Ermittlung der Gesamtkosten im Rahmen des § 10 Abs. 2 Satz 3 ARegV unberücksichtigt.

Pooling

Mit der Neuregelung in § 17 Abs. 2a StromNEV werden Voraussetzungen und Durchführung eines Pooling von Entnahmestellen geregelt.

Pooling bezeichnet die zeitgleiche Zusammenführung mehrerer Entnahmestellen zu einer Entnahmestelle zum Zwecke der Ermittlung des Jahresleistungsentgelts.

Anwendungsbereich der Neuregelung weiter als nach Pooling-Festlegung der BNetzA

Die im BR-Beschluss enthaltenen Pooling-Voraussetzungen sind zum Teil identisch mit den Voraussetzungen, die die BNetzA mit ihren Beschlüssen vom 26.09.2011 (BK8-11/015) ("Pooling-Festlegung") aufgestellt hat. In den ganz wesentlichen Punkten der Lage der zu poolenden Entnahmestellen innerhalb eines – in der Pooling-Festlegung nicht näher definierten – Netzknotens sowie der Notwendigkeit einer kundenseitigen galvanischen Verbindung zwischen mehreren Entnahmestellen weicht der Beschluss des Bundesrates jedoch von der betreffenden Festlegung der BNetzA ab.

Im Einzelnen:

Ein Pooling ist nach der Neuregelung in § 17 Abs. 2a S. 1 Nr. 1-4 StromNEV zwingend, d.h. unabhängig von einem entsprechenden Verlangen des jeweiligen Netznutzers, durchzuführen, wenn die betreffenden Entnahmestellen

1. durch denselben Netznutzer genutzt werden,
2. mit dem Elektrizitätsversorgungsnetz desselben Netzbetreibers verbunden sind,
3. sich auf der gleichen Netz- oder

Umspannebene befinden und

4. entweder Bestandteil desselben Netzknotens sind oder bei Vorliegen einer kundenseitigen galvanischen Verbindung an das Elektrizitätsversorgungsnetz angeschlossen sind.

Die Nummern 1-3 sind mit der Pooling-Festlegung identisch.

Hinsichtlich der Voraussetzung in Nr. 4 enthält die Neuregelung eine Ausweitung des Pooling im Verhältnis zu den restriktiven Pooling-Bestimmungen der BNetzA. Insoweit ist zwischen folgenden zwei Fallgruppen zu unterscheiden:

Kundenseitige galvanische Verbindung innerhalb eines Netzknotens nicht erforderlich

Liegen die zusammen zu fassenden Entnahmestellen innerhalb eines Netzknotens, § 17 Abs. 2a S. 1 Nr. 4 1. Alt. StromNEV, so bedarf es für die Zulässigkeit des Pooling nicht zwingend einer kundenseitigen galvanischen Verbindung zwischen den einzelnen Entnahmestellen. Dies liegt daran, dass die ebenfalls mit dem Beschluss des Bundesrates eingefügte Legaldefinition des Netzknotens in § 2 Nr. 11 StromNEV ihrerseits das Vorliegen einer Übergabestelle zwingend voraussetzt, bei der eine Möglichkeit einer galvanischen Verbindung, zum Beispiel durch eine Sammelschiene, besteht (vgl. § 2 Nr. 11a StromNEV). Zugleich ist auch bei Vorliegen einer sonstigen Übergabestelle im Sinne von § 2 Nr. 11b StromNEV das Bestehen einer Möglichkeit einer galvanischen Verbindung schon als Tatbestandsvoraussetzung des Netzknotens inzident zu prüfen. In beiden Fällen des § 2 Nr. 11 kommt es nicht darauf an, ob sich die galvanische Verbindung bzw. die die galvanische Verbindung

ermöglichende Einrichtung im Eigentum des Netzbetreibers oder des Netznutzers befindet. Dementsprechend muss anders als in der Pooling-Festlegung gefordert wird, in diesen Fällen die Möglichkeit einer galvanischen Verbindung auf Kundenebene für die Zulässigkeit des Pooling nicht gesondert geprüft werden.

Pooling über mehrere Netzknoten hinweg zulässig

Einer kundenseitigen galvanischen Verbindung bedarf es ausweislich § 17 Abs. 2a S. 1 Nr. 4 2. Alt. StromNEV nur dann wenn die zusammenzufassenden Entnahmestellen nicht Bestandteil desselben Netzknotens im Sinne von § 2 Nr. 11 StromNEV sind.

Mit den Neuregelungen in Nummer 4 wird klargestellt, dass ein Pooling über mehrere Netzknoten hinweg zulässig sein kann, wenn die Entnahmestellen kundenseitig galvanisch miteinander verbunden sind. Liegen die Entnahmestellen innerhalb eines Netzknotens, so können diese gepoolt werden, wenn eine netzbetreiber- oder kundenseitige galvanische Verbindung zwischen den Entnahmestellen vorhanden ist.

Hintergrund für die von der Pooling-Festlegung abweichenden Neuregelungen ist das Verständnis, dass in den Fällen, in denen die Entnahmestellen allesamt innerhalb eines Netzknotens liegen, die netzentlastende Wirkung unabhängig davon gegeben ist, ob die galvanische Verbindung auf Netzbetreiberseite oder auf Kundenseite besteht. Denn in diesen Fällen muss der Netzbetreiber nicht für jede dieser Entnahmestellen die gesamte zeitgleiche Netzkapazität vorhalten, sondern nur die an den Entnahmestellen insgesamt benötigte

zeitgleiche Netzkapazität. Er kann also im Ergebnis Netzkosten einsparen (vgl. BR-Drs. 447/13 S. 13).

Soweit die Voraussetzungen in § 17 Abs. 2a Nr. 1-4 StromNEV in Bezug auf verschiedene Entnahmestellen gegeben sind, ist ein Pooling zwingend durchzuführen. In allen anderen Fällen ist ein Pooling mehrerer Entnahmestellen nach § 17 Abs. 2a Satz 2 StromNEV unzulässig.

Nach § 17 Abs. 2a Satz 3 StromNEV muss der Netznutzer das Vorliegen der Pooling-Voraussetzungen nachweisen, was u.a. durch Netzpläne oder Sachverständigengutachten erfolgen kann.

§ 17 Abs. 2a Satz 4 StromNEV enthält konkrete Vorgaben zur Durchführung des Pooling, je nachdem ob die zusammenzufassenden Entnahmestellen innerhalb eines Netzknotens liegen oder eine Zusammenfassung von Entnahmestellen über mehrere Netzknoten hinweg erfolgen soll.

Inkrafttreten und praktische Auswirkungen

Ausweislich der Übergangsbestimmung in § 32 Abs. 12 StromNEV kommt die Neuregelung des Pooling betreffend ab dem 01.01.2014 zur Anwendung. Bis dahin gilt daher die Pooling-Festlegung der BNetzA, die gegenwärtig jedoch Gegenstand von Beschwerdeverfahren vor dem OLG Düsseldorf ist. Nachdem das OLG Düsseldorf in seinem Hinweisbeschluss vom 05.06.2013 deutlich gemacht hat, dass es schon keine Rechtsgrundlage für die betreffende Festlegung der BNetzA sieht, ist nicht auszuschließen, dass das Gericht diese aufheben wird.

Grundsätzlich ist mit den vorliegenden Regelungen des Bundesrates der Anwendungsbereich eines Pooling im Vergleich zur Pooling-Festlegung

wieder erheblich erweitert worden. Insbesondere gilt dies für die Ermöglichung eines netzknotenübergreifenden Pooling, was insbesondere im Verhältnis zwischen vorgelagerten Netzbetreibern und Weiterverteilern von praktischer Bedeutung ist. Ebenso werden die Möglichkeiten des Pooling ausgeweitet, sofern Entnahmestellen innerhalb eines Netzknotens liegen, weil die betreffenden Entnahmestellen nicht mehr zwingend kundenseitig galvanisch miteinander verbunden sein müssen, sondern eine netzbetreiberseitige galvanische Verbindung ausreichend ist.

In praktischer Hinsicht stellen sich aufgrund der Neuregelung in Verbindung mit den anhängigen Beschwerdeverfahren u.a. Fragen hinsichtlich einer möglichen Rückabwicklung im Falle bereits erfolgter Umsetzungen der Pooling-Festlegung der BNetzA sowie bezüglich der Behandlung von Kosten für singulär genutzte Betriebsmittel.

Mittelbar von Bedeutung sind die Neuregelungen zum Pooling für Letztverbraucher, die auch in Zukunft von den Entlastungen nach § 19 Abs. 2 StromNEV Gebrauch machen wollen, im Hinblick auf die Bestimmung der "Abnahmestelle".

Individuelle Netzentgelte, § 19 Abs. 2 StromNEV

Mit der Neuregelung der individuellen Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 StromNEV will die Bundesregierung Planungs- und Rechtssicherheit in Bezug auf die europa- und verfassungsrechtlich umstrittene Befreiung stromintensiver Netznutzer von der Pflicht zur Zahlung von Netzentgelten schaffen.

Seit dem 04.08.2011 sah § 19 Abs. 2 StromNEV neben den Sondernetzentgelten für atypische Netznutzung auch eine vollständige Befreiung von Netzentgelten vor, wenn die Stromabnahme aus dem Netz der allgemeinen Versorgung für den eigenen Verbrauch eines Unternehmens an einer Abnahmestelle mindestens 7.000 Benutzungsstunden pro Jahr erreicht und der Stromverbrauch 10 GWh übersteigt. Seit Einführung dieser vollständigen Befreiungsmöglichkeit waren zudem die dem örtlichen Netzbetreiber dadurch entstehenden Erlösausfälle von den Übertragungsnetzbetreibern zu erstatten und wurden sodann über einen bundesweiten Ausgleich in entsprechender Anwendung des Kraft-Wärme-Koppelung-Gesetzes auf die Netznutzer weitergewälzt. Dieser Wälzungsmechanismus wurde von der BNetzA durch Festlegung vom 14.12.2011 (BK 8-11-024) näher ausgestaltet, woraus die sog. "§ 19 StromNEV-Umlage" entstand.

Zweifel an der Rechtmäßigkeit der bisherigen Regelung

Nachdem über 150 Unternehmen entlang der Wertschöpfungskette gegen diese Festlegung Beschwerde eingelegt hatten, hat das OLG Düsseldorf mit fünf Entscheidungen vom 06.03.2013 die Festlegung aufgehoben (u.a. Az.: VI-3 Kart 65/12 [V]), dem folgend auch das OLG Nürnberg in einer Entscheidung vom 14.05.2013, Az. 1 Kart 1518/12). Neben formalen Fragen zur Zuständigkeit für die Einführung einer vollständigen Befreiungsregelung kam das OLG Düsseldorf insbesondere zu dem Ergebnis, dass die Einführung der vollständigen Befreiung von der Pflicht zur Zahlung von Netzentgelten für bestimmte Kundengruppen nicht

mehr von der gesetzlichen Ermächtigung zum Erlass derartiger Verordnungen gedeckt sei (Verstoß gegen Artikel 80 Abs. 1 S. 2 GG).

§ 19 Abs. 2 StromNEV sei daher nichtig, weshalb die Festlegung der BNetzA aufzuheben war. Die Entscheidungen des OLG Düsseldorf sind noch in der Rechtsbeschwerde beim BGH anhängig. Darüber hinaus hat die Europäische Kommission ein förmliches Prüfverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitet, weil es sich bei der Befreiung um eine unzulässige Beihilfe handeln könnte.

Keine vollständige Befreiung mehr

Ausweislich der Pressemitteilung des BMWi will der Ordnungsgeber mit der Neuregelung von § 19 Abs. 2 StromNEV diese europä- und verfassungsrechtlichen Bedenken ausräumen. Kern der Neuregelung ist daher zunächst, dass bei Überschreitung einer Abnahmemenge von 10 GWh keine vollständige Befreiung mehr vorgesehen ist, sondern eine gestaffelte Reduzierung der Netzentgelte auf einen Anteil an den veröffentlichten Netzentgelten von 20 % (ab 7.000 Benutzungsstunden im Jahr), 15 % (ab 7.500 Benutzungsstunden) oder 10 % (ab 8.000 Benutzungsstunden). Ab dem Jahr 2014 soll es sich bei diesen Werten nur noch um die Untergrenze handeln, während die Bemessung des konkreten individuellen Netzentgeltes auch die sog. "physikalische Komponente"

widerspiegeln muss, d.h. den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder Vermeidung der Kosten der Netz- oder Umspannebene, an die er angeschlossen ist. Durch diese differenzierte und enger an die ursprüngliche, bis August 2011 geltende Regelung angelehnte Fassung soll der Versuch unternommen werden, die Bedenken des OLG Düsseldorf in Bezug auf die Verfassungsmäßigkeit einer vollständigen Netzentgeltbefreiung auszuräumen, indem diese Verbraucher über die Netzentgelte wieder stärker an den Netzkosten beteiligt werden.

Rückwirkende Geltung

Mit Blick auf die derzeit vor dem BGH und der Europäischen Kommission schwebenden Verfahren ist ferner die Frage der rechtssicheren Heilung der Vorschrift von entscheidender Bedeutung. Auf Veranlassung des Bundesrats ist daher eine ausdrückliche Übergangsregelung in § 32 Abs. 7 StromNEV aufgenommen worden, wonach die Neuregelung grundsätzlich rückwirkend ab dem 01.01.2012 gilt. Für bereits erteilte und nicht vor Gericht angegriffene Genehmigungen vollständiger Netzentgeltbefreiungen soll es nach der Vorstellung des Ordnungsgebers allerdings bei der bisherigen Befreiung bleiben. Lediglich in Verfahren, in denen noch keine Entscheidung über entsprechende Genehmigungsanträge getroffen wurde, soll nunmehr nach der neuen Rechtslage mit Rückwirkung zum 01.01.2012 entschieden werden. Unabhängig davon wird für jede be-

reits erteilte oder noch in 2013 zu erteilende Genehmigung angeordnet, dass die Wirksamkeit am 31.12.2013 endet. Hintergrund ist, dass ab 2014 die zusätzlichen Voraussetzungen für die Reduzierung der Netzentgelte eingreifen (physikalische Komponente). Im Übrigen wird der BNetzA nun ausdrücklich die Möglichkeit eröffnet, eine Festlegung zur Ausgestaltung des Wälzungsmechanismus zu erlassen. Ist eine solche Festlegung ergangen, braucht der Letztverbraucher auch keine Genehmigung der individuellen Netzentgelte mehr zu beantragen, sondern es reicht eine Anzeige bei der zuständigen Regulierungsbehörde.

Im Ergebnis wird mit der Neuregelung also der Versuch unternommen, die europa- und verfassungsrechtlichen Bedenken zu beseitigen. Ferner wird über eine rückwirkende Anwendung der Neuregelung die Notwendigkeit zur Rückabwicklung der möglicherweise unwirksamen bisherigen Regelung reduziert. Ob und inwieweit dies gelingt bleibt indes abzuwarten, denn durch die Änderung von Voraussetzungen und Reichweite der Befreiung kann sich rückwirkend ab 2012 der Kreis der Anspruchsberechtigten und das Volumen der bundesweiten Wälzung ändern. Zunächst werden daher die praktischen Auswirkungen für die Vergangenheit zu untersuchen sein.

Ansprechpartner



Dr. Peter Rosin
Partner

E: peter.rosin
@cliffordchance.com



Thomas Burmeister
Partner

E: thomas.burmeister
@cliffordchance.com



Dr. Björn C. Heinlein
Partner

E: bjoern.heinlein
@cliffordchance.com

Diese Publikation dient der allgemeinen Information und ersetzt nicht die Beratung im Einzelfall. Wenn Sie Fragen haben oder weitere Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an die Autoren oder Ihren üblichen Ansprechpartner bei Clifford Chance.

Clifford Chance, Königsallee 59, 40215 Düsseldorf

© Clifford Chance 2013

Clifford Chance Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors ·

Sitz: Frankfurt am Main · AG Frankfurt am Main PR 1000

Die nach § 5 TMG und §§ 2, 3 DL-InfoV vorgeschriebenen Informationen finden Sie unter: <http://www.cliffordchance.com/german-regulatory>

www.cliffordchance.com

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Kyiv ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Perth ■ Prague ■ Riyadh* ■ Rome ■ São Paulo ■ Seoul ■ Shanghai ■ Singapore ■ Sydney ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

*Clifford Chance has a co-operation agreement with Al-Jadaan & Partners Law Firm in Riyadh.