

Verwaltungsverfahren wegen Anerkennung volatiler Kosten für verschiedene Aspekte des Erdgastransports („VOLKER M-V“)

Bekanntmachung der Regulierungskammer

Vom 20. Dezember 2022 - RK669-00002-2022/076

Die Regulierungskammer Mecklenburg-Vorpommern hat von Amts wegen ein Verfahren nach § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV eingeleitet. Es besteht die Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem nachfolgenden Entwurf der Festlegung per E-Mail oder über den Downloadpool der Regulierungskammer M-V **bis zum 27. Januar 2023** (Posteingang).

Festlegung

In dem Verwaltungsverfahren nach § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV wegen Anerkennung volatiler Kosten für verschiedene Aspekte des Erdgastransports („VOLKER M-V“) hat die Regulierungskammer Mecklenburg-Vorpommern, Schloßstraße 6-8, 19053 Schwerin, als Landesregulierungsbehörde durch

den Vorsitzenden Christian Engelke,
die Beisitzerin Berna Gülmez und
die Beisitzerin Susanne Retzlaff

– Regulierungskammer –

gegenüber den Betreibern von Gasversorgungsnetzen i.S.d. § 3 Nr. 7 EnWG im Zuständigkeitsbereich der Regulierungskammer beschlossen:

1. Die nachfolgenden Kostenarten gelten als volatile Kostenanteile im Sinne des § 11 Abs. 5 ARegV:
 - a) Kosten für die Beschaffung von Energie zum Zwecke der Vorwärmung von Gas im Zusammenhang mit der Gasdruckregelung,
 - b) Kosten aus Schadensersatzansprüchen einschließlich hiermit im Zusammenhang stehende Gerichts- und Rechtsanwaltskosten aufgrund von Maßnahmen nach § 16 Abs. 2 S. 1 EnWG in Verbindung mit § 16a S. 1 EnWG, soweit diese nicht auf vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzungen beruhen.
2. Diese Festlegung ist rückwirkend ab dem 01.01.2021 anzuwenden
3. Die Gasverteilnetzbetreiberin hat die Kosten in Höhe von 500,00 € zu tragen.

Gründe

I. Sachverhalt

Erdgas wird im Fernleitungsnetz für einen effizienten Transport stark verdichtet, d.h. der Transport in großvolumigen Transportleitungen findet bei Drücken von bis zu 100 bar statt. Bei der Übergabe des Gases von einer höheren Druckstufe an eine niedrigere Druckstufe muss das Gas auf den zulässigen Höchstdruck des nachgelagerten Systems reduziert werden. Ohne diese Wechsel der Druckstufen wäre ein Transport der Erdgasmengen im deutschlandweiten Gasnetz nicht möglich. Typischerweise geschieht dies an diversen Stellen im Netz, z.B. bei der Überspeisung zwischen verschiedenen Teilnetzbereichen oder der Übergabestelle zu nachgelagerten Netzen. Diese Druckreduzierung geht mit einem signifikanten Temperaturrückgang („Joule-Thomson-Effekt“) einher, dem durch eine Vorwärmung des Gases entgegengewirkt werden muss. Der Temperatureffekt ist teilweise so stark, dass Leitungsteile und Armaturen andernfalls gefrieren und dadurch beschädigt oder sogar zerstört werden könnten.

Die Vorwärmung ist mit dem Verbrauch von Energie verbunden, deren Beschaffungskosten im Jahresvergleich sowohl aufgrund der variierenden physischen Transportmengen als auch aufgrund der sich verändernden Energiepreise schwanken. Bereits im Sommer 2021 begannen die Gaspreise und damit auch die Vorwärmkosten der Netzbetreiber in einem für damalige Verhältnisse ungewöhnlichen Ausmaß zu steigen. Seit Beginn der russischen Invasion in die Ukraine im Februar 2022 und dem dadurch ausgelösten wirtschaftlichen Konflikt zwischen westlichen Staaten und der Russischen Föderation sind die Preise für Strom und Gas nochmals angestiegen. Zudem unterliegen die Preise gegenwärtig hohen Schwankungen.

Unabhängig von diesen Einzelthemen ist es mit der erstmaligen Ausrufung der Alarmstufe wahrscheinlicher geworden, dass Netzbetreiber nach § 16 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 16a S. 1 EnWG Gaseinspeisungen, Gastransporte und Gasauspeisungen in ihren Netzen den Erfordernissen eines sicheren und zuverlässigen Betriebs der Netze anpassen oder diese Anpassung verlangen müssen, um Gefährdungen oder Störungen der Sicherheit oder Zuverlässigkeit des Gasversorgungssystems zu beseitigen.

Die Regulierungskammer hat von Amts wegen ein Verfahren zur Anerkennung der durch diese verschiedenen Maßnahmen entstehenden Kosten als volatile Kostenanteile i.S.d. § 11 Abs. 5 ARegV eingeleitet.

Am 09.01.2023 hat die Regulierungskammer die Gasnetzbetreiber in ihrem Zuständigkeitsbereich, sowie die Verbände VKU Nord und bdew Nord als Verfahrensbeteiligte, informiert, den Beschlusssentwurf im Amtsblatt veröffentlicht zu haben, und ihnen bis zum 27.01.2023 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Hinsichtlich der Einzelheiten des Verfahrens wird auf die Verfahrensakte verwiesen.

II. Rechtliche Würdigung

Die Festlegung ist rechtmäßig. Sie beruht auf einer rechtmäßigen Anwendung des nationalen Rechts auch vor dem Hintergrund der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 02.09.2021, C-718/18 (siehe unten 1.). Eine Rechtsgrundlage für die Festlegung liegt vor und die Festlegung ist formell und materiell rechtmäßig (siehe nachfolgende Abschnitte 2. bis 3).

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

Die Regulierungskammer 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 Ordnungsgebers (z. B. Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (StromNEV), Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Gasversorgungsnetzen (GasNEV) und ARegV) bezeichnet, die konkrete methodische und materielle Vorgaben für die Regulierung durch die BNetzA und die Landesregulierungsbehörden enthalten. Die Pflicht zur Anwendung dieser nationalen Vorgaben folgt aus Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz (GG) und gilt auch angesichts der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs fort, bis sie vom Gesetz- bzw. Ordnungsgeber 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) 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 (NRB) 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 NRB zugewiesen habe.

(2) Der Europäische Gerichtshof hat 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 Verordnungsgeber den festgestellten Verstoß beseitigt, weiter anwendbar ist. Der Europäische Gerichtshof hat sich insbesondere auch nicht explizit zu der Frage geäußert, ob die Richtlinienbestimmungen über die ausschließliche Zuständigkeit unmittelbar anwendbar sind.

(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.

Zudem scheidet eine richtlinienkonforme Auslegung der Vorschriften der normativen Regulierung aus. Der Europäische Gerichtshof sieht zwar sowohl in der an die Bundesregierung nach § 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 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.

(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:

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 BNetzA und die Landesregulierungsbehörden haben 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 haben aber mangels entsprechender Aufgabenzuweisung durch den Gesetzgeber nicht die übergeordnete, allgemeine und uneingeschränkte Befugnis, die ihnen 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).

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 BNetzA oder die Landesregulierungsbehörden 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 BNetzA oder den Landesregulierungsbehörden 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 un-

mittelbar 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 Europäische Gerichtshof es für europarechtskonform eingestuft hätte, dass eine Richtlinienbestimmung als eigenständige Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in Rechte des Einzelnen herangezogen werden darf.

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 BNetzA die ihr nach den Richtlinienbestimmungen zugewiesene ausschließliche Zuständigkeit erst ausüben, wenn ihr entsprechende Befugnisse nach nationalem Recht eingeräumt werden (siehe oben).

(5) Ungeachtet der Tatsache, dass die Richtlinienbestimmungen nicht unmittelbar anwendbar sind, sprechen aus Sicht der Regulierungskammer 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 Richtli-

nie 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 RegKH, 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 und formelle Rechtmäßigkeit

Die Zuständigkeit der Regulierungskammer als Landesregulierungsbehörde ergibt sich aus § 54 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 EnWG. Die Festlegung im Rahmen der Überwachung der Vorschriften zur Entflechtung fällt gemäß § 54 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 4 EnWG in die Zuständigkeit der Landesregulierungsbehörde, soweit Energieversorgungsunternehmen betroffen sind, an deren Elektrizitätsverteilernetze weniger als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar angeschlossen sind und das Elektrizitätsverteilernetz nicht über das Gebiet eines Landes hinausreicht.

Die formellen Anforderungen an die Rechtmäßigkeit der Festlegung sind erfüllt. Die Regulierungskammer hat den betroffenen Netzbetreibern und den Verbänden gemäß § 67 Abs. 1, 2 EnWG, § 28 Abs. 1 VwVfG M-V Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

3.1 Ermächtigungsgrundlage

Die Festlegung beruht auf § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV. Danach kann die Regulierungsbehörde Festlegungen zu den Bereichen treffen, die nach § 11 Abs. 5 ARegV als volatile Kostenanteile gelten, insbesondere zum Verfahren, mit dem den Netzbetreibern oder einer Gruppe von Netzbetreibern Anreize gesetzt werden, die gewährleisten, dass volatile Kostenanteile nur in effizientem Umfang in der Erlösobergrenze berücksichtigt werden, sowie zu den Voraussetzungen, unter denen Kostenanteile als volatile Kostenanteile nach § 11 Abs. 5 ARegV gelten.

3.2 Vorwärmekosten

Durch Tenorziffer 1 a) werden Kosten für die Beschaffung von Energie zum Zwecke der Vorwärmung von Gas im Zusammenhang mit der Gasdruckregelung als volatile Kosten eingestuft. Die Regulierungskammer hat mit dieser Bestimmung die Entspannung des Gases bei der Überführung in Netzsysteme mit einer niedrigeren Druckstufe im Blick. Andere Sachverhalte, in welchen Vorwärmprozesse in der Gasdruckregelung zum Einsatz kommen, sind der Regulierungskammer nicht bekannt.

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.

Treibenergie gilt gemäß § 11 Abs. 5 S. 1 ARegV generell als volatiler Kostenanteil. Nach § 11 Abs. 5 S. 2 ARegV sieht der Verordnungsgeber 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).

Energiekosten zur Vorwärmung sind vor dem Hintergrund dieser Wertung des Verordnungsgebers ebenfalls als volatil anzusehen, da die benötigten Mengen und insbesondere die Preise zeitlich starken Schwankungen unterworfen sind. Die Menge der benötigten Energie für die Entspannung hängt ebenso wie jene für die Verdichtung davon ab, wie viel Erdgas entsprechend den Bedürfnissen der Netzkunden physikalisch an drucktechnisch nachgelagerte Netzsysteme übergeben werden muss. Während Treibenergie bei der Verdichtung benötigt wird, um das Gas für Langstreckentransporte durch das Hochdrucksystem in Bewegung zu setzen, wird die Entspannung und die dafür erforderliche Vorwärmung benötigt, um sie sodann in den kleineren und verästelten Systemen der niedrigeren Druckstufen weiterverteilen zu können. Dabei ist die zur Vorwärmung benötigte Energie von der Gasmenge und dem Druckgefälle abhängig. Aufgrund des stark veränderbaren Transportverhaltens der Netznutzer – z.B. vor und nach Beginn der russi-

schen Invasion in die Ukraine – variiert aufgrund der veränderten Gasströme durch das Fernleitungssystem auch das Druckniveau an den jeweiligen Übergabepunkten zu den nachgelagerten Netzen. Insofern schwanken die erforderlichen Mengen bei der Entspannungsenergie vergleichbar mit den erforderlichen Mengen bei der Treibenergie. Auch bei der Preisvolatilität ergeben sich keine Unterschiede zur Treibenergie, da die benötigten Ressourcen und damit auch deren Beschaffungspreise identisch sind.

Die Regulierungskammer hat sich deshalb in Ausübung ihres Ermessens und unter sorgsamer Abwägung aller entscheidungsrelevanten Gesichtspunkte dazu entschlossen, Kosten für Treibenergie und für Vorwärmenergie gleich zu behandeln. Nach ihrer Überzeugung lassen sich keine sachlichen Gründe dafür finden, zwei derart ähnliche Sachverhalte regulatorisch unterschiedlich zu bewerten. Mit der Einstufung der Treibenergie als volatilen Kostenanteil hat der Verordnungsgeber eine klare Richtungsentscheidung getroffen, nach der Kosten mit einer derart starken Abhängigkeit vom Mengendurchsatz und einer solchen Preisvolatilität wie bei Energie dem üblichen Basisjahrprinzip zu entziehen sind. All dies trifft in völlig identischer Weise auch auf Vorwärmenergie zu, weshalb eine Übertragung dieser verordnungsgeberischen Wertung auf sie konsequent ist.

Die Regelung gilt sowohl für Fernleitungs- als auch für Verteilernetzbetreiber. In erster Linie wurde der Sachverhalt aus dem Kreise der Fernleitungsnetzbetreiber an die BNetzA herangetragen und insbesondere im Rahmen der laufenden Verfahren zur Festlegung der Erlösobergrenzen für die vierte Regulierungsperiode verschiedentlich diskutiert. Allerdings sind Gasdruckregelanlagen mit entsprechenden Vorwärmprozessen auch in Verteilernetzen verbreitet. Dies dürfte zumindest für die Verteilernetzbetreiber mit eigenen Hochdrucksystemen gelten. Zudem befinden sich Entspannungsanlagen an den Übergabepunkten zwischen Fernleitungs- und Verteilernetzen jedenfalls in manchen Fällen im Eigentum des jeweiligen Verteilernetzbetreibers. Dieser Auffassung der BNetzA schließt sich die Regulierungskammer an und sieht daher das Erfordernis für ihren Zuständigkeitsbereich ebenfalls eine Regelung zu treffen. Obgleich die wirtschaftliche Bedeutung der Vorwärmkosten anteilig zu den gesamten Netzkosten dort geringer ausfallen dürfte als bei den Fernleitungsnetzbetreibern, sieht die Regulierungskammer keinen Anlass für eine Differenzierung nach Netzebenen, da die Problematik in der Sache identisch liegt.

Es erscheint der Regulierungskammer als gerechtfertigt, die unmittelbare Anpassung der kalenderjährlichen Erlösobergrenzen zur Berücksichtigung dieser höheren Kosten durch die Einstufung als volatile Kosten zu ermöglichen, auch wenn dies perspektivisch zu etwas höheren Netzentgelten führen wird. Zukünftig können die Netznutzer im Gegenzug auch von gegenüber dem jeweiligen Basisjahr niedrigeren Vorwärmkosten profitieren.

In zeitlicher Hinsicht hat sich die Regulierungskammer für eine Rückwirkung zum 01.01.2021 entschieden. Im Laufe des Jahres 2021 traten erstmals spürbare Verwerfungen an den Gasmärkten auf, deren preisliche Auswirkungen jenseits der typischen marktbasieren Schwankungen lagen,

welche bis zu diesem Zeitpunkt als gewöhnlich galten. Deshalb sieht die Regulierungskammer ab diesem Zeitpunkt einen wirtschaftlichen Bedarf, die Kostenentwicklung durch Einstufung als volatile Kosten in den Erlösbergrenzen der Netzbetreiber abzubilden. Der rückwirkende Charakter der Regelung wird von ihr rechtlich als unkritisch eingestuft, da sie davon ausgeht, dass die Netzbetreiber im Jahr 2021 durchgehend höhere Vorwärmkosten hatten als im dafür maßgeblichen Basisjahr 2015 und die nachträgliche Anpassung der Kostenanteile somit ausschließlich vorteilhaft für die Adressaten des Beschlusses wirken sollte. Von Seiten der Netzbetreiber wurde plausibel dargestellt, dass sich die Höhe der Vorwärmkosten für das Jahr 2021 erheblich von der Höhe des jeweiligen Kostenanteils im Basisjahr unterscheiden.

Die Anpassung der volatilen Kostenanteile wird gemäß den regulatorischen Vorgaben im Rahmen der Genehmigung des Regulierungskontosaldos geprüft. Dazu werden die Vorwärmkosten des Bezugsjahres mit den entsprechenden Kosten im Basisjahr abzugleichen sein, welche in Abzug gebracht werden. Da die Vorwärmkosten in den vergangenen Kostenprüfungsverfahren noch nicht gesondert abgegrenzt wurden, werden die Daten im Regulierungskontoverfahren nachträglich zu erheben sein.

3.3 Schadensersatzansprüche aus Maßnahmen nach § 16 Abs. 2 S. 1 EnWG

Durch Tenorziffer 1 b) werden Kosten aus Schadensersatzansprüchen als volatile Kosten eingestuft, welche aus Maßnahmen nach § 16 Abs. 2 S. 1 EnWG resultieren.

Nach § 16 Abs. 1 EnWG sind Betreiber von Fernleitungsnetzen berechtigt und verpflichtet, die Gefährdung oder Störung der Sicherheit oder Zuverlässigkeit des Gasversorgungssystems in ihrem jeweiligen Netz durch netzbezogene Maßnahmen und marktbezogene Maßnahmen, wie insbesondere den Einsatz von Ausgleichsleistungen, vertragliche Regelungen über eine Abschaltung und den Einsatz von Speichern zu beseitigen. Lässt sich eine Gefährdung oder Störung durch solche Maßnahmen nicht oder nicht rechtzeitig beseitigen, so sind Betreiber von Fernleitungsnetzen nach § 16 Abs. 2 S. 1 EnWG berechtigt und verpflichtet, sämtliche Gaseinspeisungen, Gastransporte und Gasausspeisungen in ihren Netzen den Erfordernissen eines sicheren und zuverlässigen Betriebs der Netze anzupassen oder diese Anpassung zu verlangen. Im Falle einer solchen Anpassung ruhen gem. § 16 Abs. 3 S. 1 EnWG bis zur Beseitigung der Gefährdung oder Störung alle hiervon jeweils betroffenen Leistungspflichten. Eine Haftung für Vermögensschäden ist nach § 16 Abs. 3 S. 3 EnWG ausgeschlossen. Nach § 16a S. 1 EnWG gelten diese Bestimmungen für Betreiber von Gasverteilernetzen im Rahmen ihrer Verteilungsaufgaben entsprechend, soweit sie für die Sicherheit und Zuverlässigkeit der Gasversorgung in ihrem Netz verantwortlich sind.

Da die Leistungspflichten der Netzbetreiber in einer derartigen Situation ruhen, sollte für eine zivilrechtliche Haftung der Netzbetreiber gegenüber Netzkunden und Letztverbrauchern auch jenseits der in § 16 Abs. 3 S. 3 EnWG angesprochenen Vermögensschäden grundsätzlich kein Raum bestehen, weshalb die Regulierungskammer nicht zwingend voraussetzt, dass für die Regelung in Tenorziffer 1 b) überhaupt ein praktischer Anwendungsfall besteht. Um den Netzbetreibern gleichwohl letzte Unsicherheiten zu nehmen, welche sie von notwendigen Maßnahmen zur Krisenvorsorge oder gar zur akuten Krisenbewältigung abhalten könnten, stuft die Regulierungskammer Kosten aus eventuell entstehenden Haftungsfällen als volatile Kosten ein und sichert somit ihre Refinanzierung über die Netzentgelte. Die Volatilität der Kosten ergibt sich daraus, dass eine Gefährdung oder Störung der Sicherheit oder Zuverlässigkeit des Gasversorgungssystems (jedenfalls nach den bisher geltenden Maßstäben) nicht als Normalsituation im Netzbetrieb betrachtet werden kann und Kosten für Schadensersatzleistungen, welche aus Gegenmaßnahmen resultieren, kein jährlich in vergleichbarer Weise wiederkehrender Sachverhalt sind, welcher mit dem Budgetprinzip der Anreizregulierung sinnvoll abgebildet werden kann.

Im Konsultationsverfahren der BNetzA traten Missverständnisse zu Tage. Daher wurde seitens der BNetzA in ihrem Beschluss klargestellt, dass mit diesem Beschluss in keiner Weise eigenständige zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen für Schadensersatzansprüche begründet werden. Gegenstand des Beschlusses ist ausschließlich die regulatorische Behandlung von Kosten aus Inanspruchnahmen, soweit die Netzbetreiber sich trotz der umfassenden gesetzlichen Haftungsfreistellung einer solchen ausgesetzt sehen sollten. Die Regulierungskammer schließt sich dieser Klarstellung an.

Gegenstand dieses Beschlusses ist ferner nicht die grundsätzliche Anerkennungsfähigkeit der Kosten, sondern lediglich ihre Einstufung als volatile Kostenanteile. Das bedeutet (wie auch bei allen anderen volatilen Kostenarten), dass entsprechende Kosten nicht in jedem Falle in den Erlösobergrenzen berücksichtigungsfähig sein müssen, sondern nur, soweit sie betriebsnotwendig sind. Die Regulierungskammer geht davon aus, dass Maßnahmen nach § 16 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 16a S. 1 EnWG grundsätzlich immer betriebsnotwendig sind, soweit es sich nicht um Fälle von vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzungen handelt. Dementsprechend gilt auch für eventuell daraus resultierende Haftungsfälle nichts Anderes. Soweit Tenorziffer 1 b) auf einfache Fahrlässigkeit begrenzt ist, kann daraus selbstverständlich nicht im Umkehrschluss abgeleitet werden, dass Fälle mit schwereren Verschuldensgraden stattdessen als beeinflussbare oder vorübergehend nicht beeinflussbare Kosten anerkannt würden. Zudem gelten wegen der häufig unübersichtlichen Kausalverläufe in Schadensfällen und wegen der bereits angesprochenen grundsätzlichen Zweifelhaftheit einer zivilrechtlichen Verantwortlichkeit der Netzbetreiber erhöhte Nachweisanforderungen. Außer in offensichtlichen Fällen erachtet die Regulierungskammer im Rahmen der Prüfung der Ist-Kosten im Regulierungskontoverfahren in der Regel ein wenigstens

erstinstanzliches Urteil gegen den Netzbetreiber als notwendigen Beleg dafür, dass tatsächlich eine Haftung besteht. In Zweifelsfällen kann ein sachgerechtes Vorgehen mit der Regulierungskammer abgestimmt werden. Die im Rahmen der jährlichen Anpassung der Erlösobergrenzen zunächst anzusetzenden Planansätze können und müssen naturgemäß noch nicht mit Nachweisen hinterlegt sein, sondern lediglich angemessen plausibilisiert werden. Anerkennungsfähig sind alle erfolgswirksamen Vorgänge in der Gewinn- und Verlustrechnung des Netzbetreibers, welche im Zusammenhang mit den betreffenden Schadensersatzansprüchen stehen, also auch Zuführungen zu und Auflösungen von entsprechenden Rückstellungen, soweit diese handelsrechtlich zu bilden sind. Auch die Anerkennung von Rückstellungszuführungen bedarf zunächst lediglich einer Plausibilisierung; die beschriebene Nachweispflicht greift insoweit erst bei Verbräuchen bzw. unterlassenen Auflösungen.

Die volatile Kostenposition umfasst auch Gerichts- und notwendige Rechtsanwaltskosten, die aus der Geltendmachung entsprechender Ansprüche gegen die Netzbetreiber resultieren.

Die Anpassung der Erlösobergrenzen aufgrund einer Änderung der volatilen Kostenanteile erfolgt nach § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Hs. 2 ARegV für das Kalenderjahr, auf das die Erlösobergrenze Anwendung finden soll. Im nachträglichen Plan/Ist-Abgleich im Zuge der Regulierungskontoprüfung festgestellte Differenzen werden gem. § 5 Abs. 3 S. 2 ARegV annuitätisch über drei Kalenderjahre verteilt. Die Verteilung beginnt gem. § 5 Abs. 3 S. 3 ARegV jeweils im übernächsten Jahr nach Antragstellung. Eine Veränderung dieser zeitlichen Abläufe kann im Rahmen einer Festlegung bestimmter volatiler Kostenanteile nicht erfolgen. Sie werden durch die ARegV verbindlich vorgegeben und stehen nicht zur Disposition der Regulierungskammer. Einer Tenorierung des Plan/Ist-Abgleichs im Regulierungskonto bedarf es im Übrigen nicht. Nach Auffassung der Regulierungskammer ist offensichtlich, dass die Bezugnahme auf eine Festlegung nach § 34 Abs. 1 Nr. 4a ARegV in § 5 Abs. 1 S. 2 ARegV lediglich der Erfassung von allen Kostenanteilen dient, die per Festlegung als volatil eingestuft wurden, zumal § 34 Abs. 1 Nr. 4a ARegV eine darüberhinausgehende Befugnis zur Regelung des Regulierungskontos überhaupt nicht enthält. Dem Sinn und Zweck nach findet der Plan/Ist-Abgleich ex lege auf alle festgelegten volatilen Kosten Anwendung, da andernfalls keinerlei Überprüfung der angesetzten Plankosten gewährleistet wäre.

Die Regelung in Tenorziffer 1 b) gilt auch, wenn ein vorgelagerter Netzbetreiber einem nachgelagerten Netzbetreiber Kosten aus der Begleichung entsprechender Ansprüche erstattet und diese als eigene volatile Kosten geltend macht; der nachgelagerte Netzbetreiber kann insoweit keine volatilen Kosten geltend machen. Die Regulierungskammer würde es als sachgerecht erachten, wenn die Netzbetreiber von dieser Möglichkeit Gebrauch machen und Kosten aus Haftungsfällen durch entsprechende Vereinbarungen an die vorgelagerten Netzbetreiber weiterreichen. Da diese Kosten in einer Maßnahme zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit für das Marktgebiet als Ganzes wurzeln, sollten sie auch über das Briefmarkensystem der Fernleitungsnetzentgelte auf

alle Kunden im Marktgebiet allokiert werden. Verpflichten kann sie die Netzbetreiber zu einer solchen Vereinbarung mangels entsprechender Rechtsgrundlage allerdings nicht.

Es werden erhöhte Sauerstoffkonzentrationen an nachgelagerte Verteilernetzbetreiber weitergegeben, was insbesondere für solche Verteilernetzbetreiber relevant sein kann, an deren Netz Gaspeicher angeschlossen sind. Deshalb werden Fernleitungs- und Verteilernetzbetreiber gleichermaßen von der Regelung adressiert.

III. Gebühren

Die Festlegung wegen Anerkennung volatiler Kosten für verschiedene Aspekte des Erdgastransports („VOLKER M-V“) auf Grundlage von § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 4a ARegV stellt eine gebührenpflichtige Amtshandlung dar (§ 91 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 EnWG).

Die Regulierungskammer setzt die Gebührenhöhe nach Maßgabe des Gebührenverzeichnisses fest, welches für diese Festlegung einen Gebührenrahmen von 500 bis 100.000 Euro vorsieht, §§ 1, 2 und § 10 VwKostG M-V i.V.m. § 1 Abs. 1 und der Nr. 3.32 der Anlage zu § 1 EnWKostVO M-V. Sie sind nach § 91 Abs. 6 S. 1 Nr. 2 EnWG Kostenschuldner.

Bei der Festlegung der Höhe der konkreten Gebühr sind die Umstände des Einzelfalls entscheidend, wobei der Regulierungsbehörde ein Beurteilungs- und Ermessensspielraum zukommt (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.02.2011 – VI-3 Kart 274/09 (V), N&R 2011, S. 143 ff.).

Die Regulierungskammer berücksichtigt bei der Festsetzung sowohl den personellen und sachlichen Aufwand (Verwaltungsaufwand im Sinne von § 91 Abs. 3 S. 1 EnWG) als auch die wirtschaftliche Bedeutung der Entscheidung (§ 91 Abs. 3 S. 2 EnWG). Sie prüft ferner, ob die Gebühr aus Billigkeitsgründen zu ermäßigen ist (§ 91 Abs. 3 S. 3 EnWG).

Bei der Bemessung des Verwaltungsaufwands ist zu berücksichtigen, dass die Regulierungskammer grundsätzlich mit einem Vorsitzenden und zwei Beisitzern im höheren Dienst entscheidet. Daneben sind weitere Mitarbeiter des gehobenen Dienstes eingebunden.

Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass die Festlegung seitens der damit befassten Mitarbeiter im höheren Dienst mit einem sehr geringen Aufwand verbunden war weshalb die unterste Aufwandsstufe des Gebührenrahmens in Höhe von 500,00 € zur Anwendung kommt. Sie als Gasnetzbetreiber sind nach § 91 Abs. 6 S. 1 Nr. 2 EnWG Kostenschuldnerin. Ein Anlass zur Ermäßigung der Gebühr aus Billigkeitsgründen gemäß § 91 Abs. 3 S. 3 EnWG und § 6 VwKostG M-V ist nicht ersichtlich.

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

Da die Festlegung gegenüber allen Gasverteilnetzbetreibern in Zuständigkeit der Regulierungskammer Mecklenburg-Vorpommern erfolgt, nimmt die Regulierungskammer in Ausübung des ihr in § 73 Abs. 1a S.1 EnWG zustehenden Ermessens, anstelle 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 Regulierungskammer Mecklenburg-Vorpommern und im Amtsblatt 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 des Landes Mecklenburg-Vorpommern zwei Wochen verstrichen sind.

V. Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss kann gemäß §§ 75 Abs. 1, 78 EnWG binnen einer Frist von einem Monat nach Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist bei der Regulierungskammer Mecklenburg-Vorpommern, Schloßstraße 6-8, 19053 Schwerin einzureichen. Es genügt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist bei dem Oberlandesgericht Rostock (Hausanschrift: Wallstraße 3, 18055 Rostock) 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 Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

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