



- Beschlusskammer 4 -

Az.: BK4-18-046A01

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren nach § 23 ARegV aufgrund des Antrags auf Genehmigung der Investitionsmaßnahme

der bayernets GmbH, Poccistraße 7, 80336 München, vertreten durch die Geschäftsführung,
Antragstellerin,

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

durch ihren Vorsitzenden	Alexander Lüdtké-Handjery,
ihren Beisitzer	Roman Smidrkal
und ihren Beisitzer	Jacob Ficus

am 02.07.2021

beschlossen:

1. Die mit Beschluss vom 13.02.2020 (BK4-18-046) erfolgte Genehmigung einer Investitionsmaßnahme für das Projekt „Erweiterung GDRM-Anlage Steinhäule“ (im Folgenden auch Ausgangsbescheid) wird durch diesen Beschluss ergänzt, indem die Ausführungen zur Genehmigungsdauer in Abschnitt II. C. des Ausgangsbescheids wie aus den Gründen ersichtlich neu gefasst werden.
2. Im Übrigen bleibt der Ausgangsbescheid unberührt.
3. Eine Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin ist Betreiberin eines Fernleitungsnetzes mit Sitz in Bayern.

Sie hat am 22.03.2018 die Genehmigung der Investitionsmaßnahme für das Projekt „Erweiterung GDRM-Anlage Steinhäule“ beantragt.

Mit Beschluss vom 13.02.2020 hat die Beschlusskammer den Antrag genehmigt, die Genehmigung aber nicht wie beantragt bis zum 31.12.2027, sondern bis zum 31.12.2022 befristet. Hiergegen hat die Antragstellerin Beschwerde eingelegt. Das Verfahren wird bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf unter dem Aktenzeichen VI-3 Kart 186/20 [V] geführt.

Am 01.04.2020 und 23.04.2020 hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf in zwei parallel gelagerten Verfahren zur Genehmigungsdauer (Aktenzeichen VI-3 Kart 704/19 und VI-3 Kart 785/19 [V]) die Beschlüsse der Bundesnetzagentur aufgehoben und die Bundesnetzagentur verpflichtet, den Antrag unter Beachtung der Rechtsauffassung des erkennenden Senats neu zu bescheiden.

Zwar bestehe kein Anspruch auf eine antragsgemäße Befristung der Genehmigung bis zum Ende der vierten Regulierungsperiode. Ein solcher ergebe sich nicht aus § 23 Abs. 1 und 3 ARegV a.F. Bei der Anordnung der Befristung der Genehmigung der Investitionsmaßnahme handle es sich nicht um eine Inhaltsbestimmung, sondern um eine Nebenbestimmung i.S.d. § 36 Abs. 2 VwVfG. Die Beschränkung der Genehmigung auf eine Regulierungsperiode stehe mit dem Wortlaut, der Systematik und dem Sinn und Zweck des § 23 ARegV a.F. in Einklang. Aus § 23 Abs. 3 S. 7 ARegV a.F., wonach ein Antrag für mehrere Regulierungsperioden gestellt werden konnte, ergebe sich im Wege des Umkehrschlusses, dass der Verordnungsgeber die Erteilung der Genehmigung für die Zeitdauer einer Regulierungsperiode als Regelfall angesehen hat. Zudem sei die Refinanzierbarkeit einer Investitionsmaßnahme nicht nur dann gewährleistet, wenn die Genehmigung schon bei Antragstellung bis zum Ende der Regulierungsperiode, in der die Maßnahme abgeschlossen wird, befristet werde. Ein Anspruch auf Befristung der Genehmigung bis zum Ende der vierten Regulierungsperiode folge auch nicht aufgrund der Bindungswirkung des Leitfadens 2017 der Bundesnetzagentur. Dieser sah zwar die Erteilung der Genehmigung bis zum Ende der folgenden Regulierungsperiode vor, wenn der Projektabschluss erst nach dem Basisjahr für die folgende Regulierungsperiode lag. Ein Leitfaden entfalte aber nicht die gleiche Bindungswirkung wie eine Festlegung, sondern könne nur eine Bindung der Regulierungsbehörde nach dem Gleichbehandlungsgebot bzw. aus Vertrauensschutzgesichtspunkten begründen. Da eine Änderung der Verwaltungspraxis, wenn sie durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist, mit Wirkung ex nunc möglich sei, sei ein schutzwürdiges Vertrauen darauf, dass die Verwaltungspraxis für die Zukunft beibehalten werde, grundsätzlich nicht anzuerkennen. Die Beschlusskammer habe die Umstellung der Regulierungspraxis mit sachgerechten Erwägungen begründet. Die aufgrund der beobachteten Folgen der bisherigen Genehmigungspraxis vorgenommene Neubewertung der Anreizwirkung stelle sich als eine Änderung der Umstände dar, die eine Umstellung der Regulierungspraxis sachlich zu rechtfertigen vermöge.

Auch wenn die im Beschluss genannten Gesichtspunkte eine Änderung der Regulierungspraxis im Grundsatz rechtfertigten, gehe aus den Beschlussgründen jedoch nicht hervor, dass die weiteren Voraussetzungen für eine wirksame Änderung der Regulierungspraxis vorliegen. So sei im Rahmen der Umstellung einer Regulierungspraxis insbesondere sicherzustellen, dass die Änderung für die Betroffenen gleichzeitig umgesetzt werde und es in zeitlicher Hinsicht zu keiner willkürlichen Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte komme. Eine solche Ungleichbehandlung könne insbesondere dann eintreten, wenn für die Umstellung einer Genehmigungspraxis – ohne eine Ankündigung oder Übergangsregelung – der Zeitpunkt der Entscheidung der Behörde und nicht der Zeitpunkt des Eingangs der hierzu gestellten Anträge der Betroffenen maßgebend sei.

Die Berufung der Beschlusskammer auf die geänderte Genehmigungspraxis genüge diesen Anforderungen nicht. Aus den Beschlussgründen gehe nicht hervor, bis zu welchem Zeitpunkt die Bundesnetzagentur ihre bisherige Genehmigungspraxis aufrechterhalten habe, unter welchen Gesichtspunkten der „Stichtag“ zur Änderung der Genehmigungspraxis gewählt worden sei und ob es eine Übergangsregelung bzw. eine vorherige Ankündigung gegeben habe. Da der Beschluss zu der Frage, ob eine gleichmäßige und willkürfreie Umsetzung der Änderung der Regulierungspraxis insbesondere durch sachgerechte Stichtagsregelungen gewährleistet ist, keine Angaben enthalte, habe die Beschlusskammer das ihr im Hinblick auf die Bestimmung der Befristung zustehende Ermessen nicht fehlerfrei ausgeübt. Dies führe zur Aufhebung der Entscheidung. Im Rahmen der Neubescheidung seien Angaben zu der verfahrensrechtlichen Gestaltung der Änderung der Regulierungspraxis und zur Frage der Gleichbehandlung der davon betroffenen Antragsteller veranlasst.

Die vorliegende Entscheidung dient der Umsetzung der oben genannten Vorgaben.

Mit Schreiben vom 25.01.2021 wurde die Antragstellerin zu der geplanten Entscheidung angehört. Sie hat mit Schreiben vom 22.02.2021 Stellung genommen. Darin vertritt sie weiterhin die Auffassung, dass die vorliegende Investitionsmaßnahme für die gesamte Folgeperiode bis zum 31.12.2027 genehmigt werden müsse. Bei einer Änderung der Verwaltungspraxis sei zur Vermeidung einer Ungleichbehandlung nicht der Zeitpunkt der Entscheidung der Behörde, sondern der Zeitpunkt des Eingangs der hierzu gestellten Anträge der Betroffenen maßgebend sei. Für den vorliegenden Antrag aus 2018 sei zum Zeitpunkt der Antragstellung eine Änderung der Verwaltungspraxis hin zu einer Beschränkung der Genehmigungsdauer auf jeweils lediglich eine Regulierungsperiode in keiner Weise absehbar gewesen.

Unter dem 17.03.2021 wurde der Beschlussentwurf gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG dem Bundeskartellamt und der Regulierungsbehörde des Landes Bayern zur Stellungnahme übersandt. Das Bundeskartellamt und die Landesregulierungsbehörde haben von diesem Recht keinen Gebrauch gemacht.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Verfahrensakte verwiesen.

II.

Rechtsgrundlage für den Änderungsbeschluss ist § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG in Verbindung mit § 23 ARegV.

A. Formelle Rechtmäßigkeit des Änderungsbeschlusses

Als Ausgangsbehörde ist die Bundesnetzagentur auch für den Änderungsbeschluss zuständig.

Der Antragstellerin wurde gemäß § 67 Abs. 1 EnWG die Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Dem Bundeskartellamt sowie der zuständigen Behörde des Landes Bayern wurde gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

B. Änderungsbeschluss gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG i.V.m. § 23 ARegV

Die Voraussetzungen für einen Änderungsbeschluss gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG i.V.m. § 23 ARegV liegen vor. Gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG ist die Regulierungsbehörde befugt, die nach § 29 Abs. 1 EnWG von ihr festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden nachträglich zu ändern, soweit dies erforderlich ist, um sicherzustellen, dass sie weiterhin den Voraussetzungen für eine Festlegung oder Genehmigung genügen.

Bei dem Ausgangsbescheid handelt es sich um eine änderungsfähige Genehmigung im Sinne des § 29 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Abs. 1 EnWG, die aufgrund der Regelung des § 23 ARegV, einer Rechtsverordnung nach § 21a Abs. 6 EnWG, getroffen wurde.

Die Änderung ist auch erforderlich, um die Voraussetzungen für die erteilte Genehmigung nach § 23 ARegV weiterhin sicherzustellen. Die Änderung einer Entscheidung gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG ist insbesondere möglich, wenn sich entweder die Sachlage aufgrund nachträglich eingetretener Tatsachen geändert hat, eine nachträgliche Änderung der Sachlage erfolgt ist oder sich die Einschätzung der Regulierungsbehörde etwa aufgrund neuer Erkenntnisse geändert hat (Britz in: Britz/Hellermann/Hermes EnWG § 29 Rdnr. 20).

Vorliegend hat die Beschlusskammer durch die Beschlüsse des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf in zwei parallel gelagerten Verfahren zur Genehmigungsdauer vom 01.04.2020 und 23.04.2020 (Aktenzeichen VI-3 Kart 704/19 und VI-3 Kart 785/19 [V]) neue Erkenntnisse erlangt und daraufhin ihre Einschätzung zur erforderlichen Begründungstiefe ihrer Entscheidung in der hier betroffenen besonderen Fallkonstellation geändert. Der Senat hat entschieden, dass die in den angefochtenen Beschlüssen genannten Gesichtspunkte die erfolgte Änderung der Regulierungspraxis zur Genehmigungsdauer zwar im Grundsatz rechtfertigten. Da der Beschluss zu der Frage, ob eine gleichmäßige und willkürfreie Umsetzung der Änderung der Regulierungspraxis insbesondere durch sachgerechte Stichtagsregelungen gewährleistet ist, keine Angaben enthalte, habe die Beschlusskammer aber das ihr im Hinblick auf die Bestimmung der Befristung zustehende Ermessen nicht fehlerfrei ausgeübt.

C. Änderungsermessen

Die vorliegende Änderung erfolgt im Rahmen des der Regulierungsbehörde gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG eingeräumten Ermessens und dabei insbesondere unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

Der Ausgangsbescheid vom 13.02.2020 enthält dieselbe Begründung zur Befristung der Genehmigungsdauer wie die beiden vom Senat in den vorstehend genannten Beschwerdever-

fahren aufgehobenen Entscheidungen. Die Antragstellerin hat gegen den Beschluss BK4-18-046 ebenfalls Beschwerde eingelegt. Vor diesem Hintergrund hält es die Beschlusskammer für geboten, die Begründung zur Befristung der Genehmigungsdauer schon von Amts wegen zu ergänzen. Ein solches Vorgehen ist unter verwaltungs- und prozessökonomischen Gesichtspunkten im Sinne aller Beteiligten geeignet, erforderlich und angemessen. In dem anhängigen Beschwerdeverfahren, in dem noch keine mündliche Verhandlung stattgefunden hat und das dementsprechend noch nicht unmittelbar zur Entscheidung ansteht, kann damit bereits über die vertiefte Begründung der Ermessensausübung der Beschlusskammer verhandelt und entschieden werden.

Das Verwaltungsverfahren wird daher wieder aufgegriffen und der Ausgangsbescheid ergänzt, indem die Ausführungen zur Genehmigungsdauer in Abschnitt II. C. des Ausgangsbescheids wie folgt neu gefasst werden:

Die Genehmigung der vorliegenden Investitionsmaßnahme gilt ausschließlich für den benannten Einzelfall und ist auf den Zeitraum bis zum 31.12.2022 beschränkt. Soweit die Antragstellerin einen über den 31.12.2022 hinausgehenden Genehmigungszeitraum beantragt hat, ist der Antrag abzulehnen.

Die Genehmigungsdauer wird – nach nochmaliger Prüfung unter Berücksichtigung der vom 3. Kartellsenat in den Beschlüssen vom 01.04.2020 und 23.04.2020 (VI-3 Kart 704/19 [V] und VI-3 Kart 785/19 [V]) hierzu genannten Aspekte und Erwägungen – nach pflichtgemäßem Ermessen weiterhin auf eine Regulierungsperiode beschränkt.

Gemäß § 23 Abs. 3 S. 7 ARegV in der bis zum 21.03.2019 geltenden Fassung konnte der Antrag zwar für mehrere Regulierungsperioden gestellt werden. Daraus ergibt sich aber im Wege des Umkehrschlusses, dass der Ordnungsgeber die Erteilung der Genehmigung für die Zeitdauer einer Regulierungsperiode als Regelfall angesehen hat.

In der geltenden Anreizregulierung verhält es sich grundsätzlich so, dass Investitionen frühestens zum nächsten Basisjahr im Ausgangsniveau als Basis für die Festlegung der Erlösobergrenze der darauf folgenden Regulierungsperiode Berücksichtigung finden können. Je nachdem, zu welchem Zeitpunkt eine Investition getätigt wird, kommt es zu Verzögerungen im Hinblick auf die Berücksichtigung der zugehörigen Investitionskosten im nächsten Ausgangsniveau.

Vor diesem Hintergrund dient das Instrument der Investitionsmaßnahme – im Interesse des Netzbetreibers – dazu, dass die Kosten für bestimmte Investitionen ausnahmsweise ohne Zeitverzug in der Erlösobergrenze angesetzt werden können. Auf Grundlage der Investitionsmaßnahmengenehmigung wird daher – nach Maßgabe der jeweiligen Genehmigung – die Anpassung der Erlösobergrenze während der laufenden Regulierungsperiode gestattet.

Da es sich bei dem Instrument der Investitionsmaßnahme um eine Ausnahmeregelung vom generellen Budgetprinzip der Anreizregulierung handelt, ist über die Dauer der Investitionsmaßnahmengenehmigungen im Interesse der Allgemeinheit restriktiv zu entscheiden. Dieser Argumentation ist der Ordnungsgeber gefolgt und hat im Rahmen der am 22.03.2019 in Kraft getretenen Verordnung zur Berechnung der Offshore-Netzumlage und zu weiteren Anpassungen im Regulierungsrecht in § 23 Abs. 1 S. 4 und 5 ARegV die Genehmigungsdauer bis zum Ende derjenigen Regulierungsperiode befristet, in der ein Antrag gestellt worden ist. Dass die neue Regelung gem. § 34 Abs. 11 S. 1 ARegV nur für Investitionsmaßnahmen anzuwenden ist, die nach dem 22.03.2019 erstmalig beantragt werden, bedeutet – entgegen dem Vortrag der Antragstellerin – hingegen nicht, dass nach alter Rechtslage eine Befristung auf nur eine Regulierungsperiode unzulässig wäre. Der Ordnungsgeber wollte hiermit lediglich klarstellen, dass für Anträge, die nach dem 22.03.2019 gestellt wurden, die Regulierungsbehörde keinen Entscheidungsspielraum mehr in Bezug auf die Genehmigungsdauer hat.

Die zeitliche Begrenzung von Investitionsmaßnahmen dient dem gesetzlichen Ziel aus § 1 Abs. 1 EnWG, die Kosten für die Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas möglichst preisgünstig zu halten. Der Geltungszeitraum einer Investitionsmaßnahmengenehmigung bestimmt maßgeblich die Gesamtkosten mit, die der Antragsteller als Zwischenfinanzierung erhält. Diese Gesamtkosten sind bei genehmigten Investitionsmaßnahmen höher als in der regulären Refinanzierung über die Erlösobergrenze. Da Kosten aus genehmigten Investitionsmaßnahmen gemäß § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 ARegV als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten gelten, sind sie während der Genehmigungsdauer dem Effizienzvergleich entzogen. Zum Schutz der Interessen der Netznutzer ist es daher geboten, die Genehmigungsdauer sachgerecht zu begrenzen und die Investitionskosten bereits im Anlagevermögen aktivierter Anlagengüter zügig einer Effizienzkontrolle zuzuführen. Der Ordnungsgeber ist bei der Einführung der Investitionsmaßnahmen davon ausgegangen, dass Investitionsmaßnahmen zunächst nur für eine Regulierungsperiode genehmigt werden und die entsprechenden Kosten spätestens in der zweiten Regulierungsperiode dem Effizienzvergleich unterliegen, damit es zum Schutz der Interessen der Verbraucher bei einer zügigen Effizienzkontrolle bleibt.

Ein berechtigtes Interesse oder gar ein schützenswertes Vertrauen der Antragstellerin auf die Gewährung eines über den 31.12.2022 hinausgehenden Genehmigungszeitraums ist zum jetzigen Zeitpunkt nicht erkennbar. Insbesondere bedarf es – wie von der Antragstellerin gefordert wird – keiner längeren Genehmigungsdauer, um Planungssicherheit über die Refinanzierung der Investition zu gewährleisten. Die zu tätigen Investitionen werden auf jeden Fall refinanziert, entweder über das Zwischenfinanzierungsinstrument der Investitionsmaßnahme oder aber regulär über die Erlösobergrenze. Anlagengüter der genehmigten Investitionsmaßnahme, die bis zum 31. Dezember des nächsten Basisjahres im Anlagevermögen aktiviert wurden, können anschließend im Ausgangsniveau der Erlösobergrenze der darauf folgenden Regulierungsperiode Berücksichtigung finden, sodass es insofern keiner Sonderbehandlung im Rahmen einer Investitionsmaßnahme mehr bedarf. Für Anlagengüter, die bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht im Anlagevermögen aktiviert wurden, ist ein Neuantrag nach § 23 ARegV möglich. Hierauf kann sich die Antragstellerin im Rahmen ihrer Planungen einstellen. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin kommt es zu keiner Lücke bei der Anerkennung von Kosten. Die nach dem Basisjahr aus den Investitionen bis zum 31.12.2022 entstehenden Jahreskosten der Jahre 2021 und 2022 können über die bestehende Genehmigung abgerechnet werden. Für die nach dem Basisjahr aktivierten Anlagengüter und für die fortgeführten Anlagen im Bau ist für den Zeitraum ab dem 01.01.2023 zum 31.03.2022 nach der dann geltenden Rechtslage ein erneuter Antrag nach § 23 ARegV mit erstmaliger Kostenwirksamkeit bezogen auf die Nachfolgemeinmaßnahme zum 01.01.2023 möglich. Hiermit wird nach derzeitiger Rechtslage gewährleistet, dass sämtliche Investitionen nach dem Basisjahr und die fortgeführten Anlagen im Bau über die bestehende Genehmigung bzw. über den nachfolgenden Neuantrag ohne Lücke berücksichtigt werden können.

Dieses Vorgehen ermöglicht eine zügigere Überführung bereits im Anlagevermögen aktivierter Anlagengüter in das Budgetprinzip der Anreizregulierung und setzt so im Sinne eines beschleunigten Netzausbaus einen Anreiz zum zügigen Abschluss der beantragten Investitionsmaßnahme. Die Erfahrungen der vergangenen Jahre haben gezeigt, dass durch die bisherige Genehmigungspraxis hingegen keine Beschleunigungsanreize gesetzt wurden. Nach der bisherigen Regulierungspraxis führte eine geplante Finalisierung des Projektes (teilweise kurz) nach Ende des Basisjahres dazu, dass die Genehmigung der gesamten Investitionsmaßnahme insgesamt, d.h. inklusive bereits im Anlagevermögen aktivierter Anlagengüter, für eine weitere Regulierungsperiode erteilt wurde. Hierdurch könnten Anreize entstanden sein oder noch entstehen, die Projektplanung – unabhängig ob sie von einem oder mehreren Netzbetreibern gemeinsam durchgeführt wird – dementsprechend auszurichten. Diese nunmehr identifizierten möglichen Fehlanreize sind im Interesse eines zügigen und möglichst kostengünstigen Netzausbaus zu vermeiden. Der Sinn der Investitionsmaßnahmengenehmigung, den Netzbetreiber für ein möglichst frühzeitiges Realisieren eines Projekts, in den Fällen, in denen dies möglich und sinnvoll ist, nicht in der Erlösobergrenze schlechter zu stellen,

darf nicht ins Gegenteil umschlagen, insoweit nämlich eine Investition nicht zu gegebener Zeit in die reguläre Erlösobergrenze außerhalb der Investitionsmaßnahmen überführt würde. Die Investitionsmaßnahmengenehmigung stellt den Netzbetreiber besser als in der Erlösobergrenze und ist insofern nur gerechtfertigt, als die Kosten noch nicht regulär in der Erlösobergrenze Berücksichtigung finden können.

Die Hinweise der Antragstellerin auf die Übergangsregelung und die alte Fassung des Leitfadens verfangen nicht. Die Beschlusskammer stützt die Befristung der Genehmigungsdauer nicht auf die Neuregelung des § 23 ARegV, sondern übt vielmehr das ihr gemäß § 23 Abs. 3 S. 7 ARegV in der bis zum 21.03.2019 geltenden Fassung zustehende Ermessen im Hinblick auf die Befristung der Genehmigungsdauer dahingehend aus, dass die Genehmigung auf eine Regulierungsperiode zu beschränken ist.

Die dargestellte Fortentwicklung der bisherigen Verwaltungspraxis ist verhältnismäßig und geboten. Werden Entwicklungen erkannt, die dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung zuwiderlaufen, ist darauf zu reagieren, um die gesetzlichen Vorgaben weiterhin umzusetzen und insbesondere dem Ziel der preisgünstigen Versorgung Geltung zu verschaffen. Das Interesse der Allgemeinheit an einer preisgünstigen Energieversorgung überwiegt insofern die Interessen der Antragsteller an einer großzügigen Ausschöpfung des durch § 23 Abs. 3 S. 7 ARegV gezogenen Rahmens für die Befristung der Genehmigungsdauer, zumal die Antragsteller dadurch auch nicht schlechter gestellt werden als in der regulären Refinanzierung über die Erlösobergrenze vorgesehen.

Auch wenn die Verwaltungspraxis der Beschlusskammer zur Befristung der Genehmigungen nach § 23 ARegV im Antragszeitpunkt eine andere war, ist die Verwaltungspraxis zwischenzeitlich – auch der Antragstellerin gegenüber – wirksam geändert worden.

Eine Änderung der Verwaltungspraxis aus vertretbarem Grund und mit Wirkung ex nunc ist zulässig.¹

Das Bundesverwaltungsgericht führt in seiner Entscheidung vom 20.03.1973 hierzu Folgendes aus:

„Eine spätere abweichende Ermessensausübung ist generell zulässig, wenn sie sachgerecht ist und nicht nachträglich ändernd in abgewinkelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift. In Fällen, in denen neue Ermessenserwägungen auf noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirken, sind sie nur dann rechtlich bedenklich, wenn der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes im einzelnen Fall der abweichenden Ausübung des Ermessens Schranken setzt (...). Das ist nicht bereits dann der Fall, wenn der Betroffene lediglich in seinen Erwartungen enttäuscht wird. Hinzukommen muss, dass er im Hinblick auf den Bestand der Ermessensbindung Dispositionen getroffen hat und billigerweise darauf vertrauen durfte, die Ermessensbindung werde auf Dauer Bestand haben (...). Diese Grundsätze werden dem Spannungsverhältnis zwischen der notwendigen Anpassung der Verwaltung an veränderte Umstände einerseits und dem Interesse des einzelnen an der Beibehaltung ihm günstiger Verwaltungsübung andererseits gerecht.“²

Der vorliegende Fall stellt eine solche zulässige Änderung der Regulierungspraxis dar, zumal sie sich lediglich auf den Umgang mit einer Nebenbestimmung und nicht auf die materielle

¹ vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Auflage 2019, § 40, Rn. 43; BVerwG, Beschluss vom 20.03.1973, I WB 217/72, Rn. 18.

² Vgl. BVerwG, Beschluss vom 20.03.1973, I WB 217/72, Rn. 18.

Entscheidung selbst bezieht. Die Beschlusskammer hat Ende 2018 beschlossen, ihre bisherige Genehmigungspraxis aufzugeben und die Dauer aller zukünftig zu erteilenden Genehmigungen von Investitionsmaßnahmen auf eine Regulierungsperiode zu beschränken, mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die Möglichkeit, für Anlagegüter, die bis zum 31.12. des nächsten Basisjahres noch nicht im Anlagevermögen aktiviert wurden, einen Neuantrag für die nächste Regulierungsperiode zu stellen. Hintergrund dieser Praxisänderung war, dass die Erfahrungen der vergangenen Jahre gezeigt hatten, dass durch die bisherige Genehmigungspraxis keine Beschleunigungsanreize gesetzt wurden. Da nach der bisherigen Genehmigungspraxis eine geplante Finalisierung eines Projekts nach Ende des Basisjahrs dazu führte, dass die Genehmigung der Investitionsmaßnahme insgesamt, d.h. inklusive bereits im Anlagevermögen aktivierter Anlagengüter, für eine weitere Regulierungsperiode erteilt wurde, konnten Anreize entstehen, die Projektplanung dementsprechend auszurichten, was gerade in Bezug auf möglichst kurzfristig umzusetzende Ad-hoc-Maßnahmen kontraproduktiv gewesen wäre.

Insbesondere vor dem Hintergrund des anstehenden Endes der zweiten Regulierungsperiode zum 31.12.2018 im Strombereich (bzw. der schon zum 31.12.2017 abgeschlossenen zweiten Regulierungsperiode im Gasbereich) haben die Beschlusskammer in den Jahren 2016, 2017 und 2018 eine Vielzahl von Anträgen auf Verlängerung von Investitionsmaßnahmen erreicht, die damit begründet wurden, dass die Inbetriebnahme entgegen der ursprünglichen Planungen nicht bis zum Ende des Basisjahres erfolgen könne. Dies hat die Beschlusskammer zum Anlass genommen, die Praxis der Befristung der Investitionsmaßnahmen zu überprüfen. Bei der daraufhin vorgenommenen systematischen Auswertung sowohl der Neuanträge als auch der Verlängerungsanträge der vergangenen Jahre konnte empirisch festgestellt werden, dass die geplante technische Inbetriebnahme nicht selten für das Jahr nach dem Basisjahr angegeben wurde, was nach der bisherigen Regulierungspraxis zu einer Genehmigung für eine weitere Regulierungsperiode mit der oben beschriebenen Kostenbelastung für den Netznutzer geführt hätte. Ein sachlicher Grund für die Änderung der Verwaltungspraxis liegt daher – wie auch der 3. Kartellsenat des OLG Düsseldorf in seiner oben genannten Entscheidung festgestellt hat – vor.

Diese Änderung greift weder nachträglich in abgewinkelte, der Vergangenheit angehörende Sachverhalte noch in eine bestehende Rechtsposition der Antragstellerin ein. Aus der bloßen Antragstellung im Jahr 2016 resultiert keine Rechtsposition und kein Vertrauensschutz. Hierin liegt ein entscheidender Unterschied zu dem vom OLG Düsseldorf im Beschluss VI-3 Kart 785/19 vom 23.04.2020 durch Verweis auf HessVGH, Urteil v. 07.12.2010, 11 A 2758/09, Rn. 52 ff. in Bezug genommenen Fall, in dem eine bereits gewährte Zuwendungsbewilligung nachträglich zulasten der Klägerin geändert worden war. Der vorherigen Verwaltungspraxis die Wirkung eines bereits erteilten begünstigenden Verwaltungsaktes zuzumessen, ohne dass dieser Verwaltungsakt selbst ergangen ist, wäre sowohl inhaltlich als auch systematisch verfehlt. Allein dadurch, dass ein Antrag gestellt wird, wird die zuständige Behörde nicht an ihre für die Vorjahre vor Antragstellung geübte Verwaltungspraxis gebunden. Bei der Befristung einer Investitionsmaßnahme i.S.d. § 23 ARegV handelt es sich zudem lediglich um eine Nebenbestimmung der mit der Investitionsmaßnahmengenehmigung gewährten Vergünstigung, nicht um die Vergünstigung selbst. Darauf, dass diese Nebenbestimmung unter Umständen zu zusätzlichen, vom Verordnungsgeber mit dem Instrument der Investitionsmaßnahme gar nicht bezweckten materiellen Vorteilen für die Antragsteller geführt hat und weiter führen würde, durften sich die Antragsteller in einem rechtlich relevanten Sinne nicht verlassen. Ein Vertrauen, dass die Beschlusskammer an einer die Antragsteller überkompensierenden Befristung auch in Zukunft bei neu zu entscheidenden Fällen festhalten werde, ist rechtlich nicht schützenswert. In einer solchen Konstellation stellt es ferner keine willkürliche Ungleichbehandlung dar, wenn ab einem bestimmten (Entscheidungs-)Zeitpunkt bis dahin noch offene Anträge allein hinsichtlich einer Nebenbestimmung anders behandelt werden als bereits beschiedene Anträge aus demselben Antragsjahr.

Auch im Übrigen ist die Änderung der Verwaltungspraxis gleichmäßig und willkürfrei gegenüber allen Netzbetreibern erfolgt. Denn für keinen der nach Änderung der Verwaltungspraxis gegen Ende des Jahres 2018 entschiedenen Anträge auf Genehmigung von Investitionsmaßnahmen aus dem Jahr 2016 oder später wurde – mit Ausnahme eines singulären Sonderfalls – noch eine über den 31.12.2022 bzw. 31.12.2023 hinausgehende Genehmigungsdauer ausgesprochen. Bereits Anfang des Jahres 2018 deuteten die Auswertungen der Neu- und Verlängerungsanträge der vergangenen Jahre auf die oben beschriebenen Fehlanreize der alten Regulierungspraxis hin. Seit Anfang Februar 2018 wurden deshalb im Ergebnis weder für Übertragungsnetzbetreiber noch für Fernleitungsnetzbetreiber über den 31.12.2022 bzw. 31.03.2023 hinausgehende Genehmigungen erteilt. Die vorstehend beschriebene Auswertung der Anträge sowie die Prüfung und Umsetzung einer sachgerechten Verwaltungspraxisänderung waren gegen Ende des Jahres 2018 abgeschlossen. Im Dezember 2018 wurden die ersten Anhörungen versendet, die die neue Genehmigungspraxis zur Befristung zum Gegenstand hatten. Im Rahmen der Anhörungen hat die Beschlusskammer die Beweggründe, die zu der Änderung der Verwaltungspraxis geführt haben, ausführlich dargestellt und den Netzbetreibern Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Sämtliche ab diesem Zeitpunkt entschiedene Anträge auf Genehmigung von Investitionsmaßnahmen aus dem Jahr 2016 oder später wurden – mit Ausnahme eines einzelnen Sonderfalls – nach der neuen Verwaltungspraxis auf eine Regulierungsperiode befristet.

Bei der Beurteilung, ob die Änderung der Verwaltungspraxis willkürfrei erfolgt ist, ist aus Sicht der Beschlusskammer in Bezug auf die Befristung als bloßer Nebenbestimmung nicht auf den ursprünglichen Antragszeitpunkt abzustellen, sondern darauf, dass sämtliche ab der beschlossenen Verwaltungspraxisänderung gefassten Beschlüsse (einschließlich solcher über ggf. noch offene Anträge) nach einem einheitlichen Maßstab entschieden werden. Dies war vorliegend der Fall. Aus Sicht der Beschlusskammer war sie angesichts der schon bis zum 21.03.2019 geltenden Rechtslage sowie des Umstands, dass sie lediglich ihren Umgang mit einer Nebenbestimmung zu einer unverändert gewährten Investitionsmaßnahmen-genehmigung umgestellt hat, weder verpflichtet, die Änderung der Verwaltungspraxis vorab anzukündigen und mit einer Stichtags- bzw. Übergangsregelung zu flankieren, noch kann sich die Antragstellerin auf eine Ungleichbehandlung oder auf Vertrauensschutz berufen. Denn wie bereits ausgeführt bestünde eine Ungleichbehandlung – wenn überhaupt – lediglich in zeitlicher Hinsicht darin, dass Anträge aus dem selben Jahr mit unterschiedlicher Befristung genehmigt wurden. Sofern einige Anträge über mehrere, andere hingegen nur für eine Regulierungsperiode genehmigt wurden, handelte es sich aber um einen überobligatorischen, vom Ordnungsgeber gar nicht bezweckten Vorteil (längere Genehmigungsdauer und regulatorische Übererlöse), woraus für die Investitionsmaßnahmen mit „kurzer“ Genehmigungsdauer kein im rechtlichen Sinne relevanter Nachteil erwächst. Im Ergebnis entstehen bei „kurzen“ Genehmigungsdauern nur weniger Übererlöse, während die betroffene Investitionsmaßnahme selbst stets voll refinanzierbar bleibt.

Aus dem Erkennen dieser Übererlöse und der daraus resultierenden Fehlanreize ergibt sich, wie auch der 3. Kartellsenat festgestellt hat, eine neue Sachlage, die nicht nur eine Änderung der Verwaltungspraxis erfordert, sondern es gleichfalls rechtfertigt, noch offene Anträge neu zu bewerten und anders zu behandeln als bereits beschiedene Anträge. Darin liegt bei näherer Betrachtung gerade keine Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte, geschweige denn (im Hinblick auf die ab Ende 2018 einheitlich umgestellte Verwaltungspraxis) ein willkürliches Vorgehen.

Hinzu kommt, dass der vorliegend zu bescheidende Antrag aus dem Jahr 2018 stammt. Für Anträge aus diesen Jahren hat die Beschlusskammer im Ergebnis ohnehin zu keinem Zeitpunkt Genehmigungsdauern von über einer Regulierungsperiode ausgesprochen, so dass schon deswegen keine Ungleichbehandlung vorliegt.

D. Kosten

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

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diese Entscheidung kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist bei der Bundesnetzagentur (Hausanschrift: Tulpenfeld 4, 53113 Bonn) einzureichen. Es genügt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf (Hausanschrift: Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf) eingeht.

Die Beschwerde ist zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt einen Monat. Sie beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, enthalten. Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

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



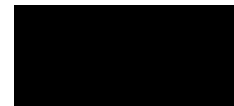
Alexander Lütke-Handjery

Vorsitzender



Roman Smidrkal

Beisitzer



Jacob Ficus

Beisitzer