

## RECHTSFRAGEN DES FÖRDERMECHANISMUS DER INVESTITION SMAßNAHME GEM. § 23 ARegV UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DES T-0-VERZUGS

*QUESTÕES LEGAIS DO MECANISMO DE APOIO DA MEDIDA DE INVESTIMENTO DE ACORDO COM O § 23 ARegV COM ESPECIAL CONSIDERAÇÃO DO ATRSO DE ZERO ANOS (T-0-VERZUG)*

Thorben Riemann\*

### RESUMO

Desde 2011, a Alemanha está em processo de mudança para energias predominantemente renováveis. A fim de poder completar esta transição energética, é necessária uma expansão das redes energéticas existentes. As indústrias de redes na Alemanha são de natureza monopolística, o que torna necessário regular as empresas que dominam o mercado. No âmbito da legislação reguladora, o legislador conta com a regulamentação de incentivos para incentivar essas empresas a expandir suas redes de energia através de investimentos, criando assim uma rede de energia que permita o transporte da energia obtida ou gerada por fontes alternativas de energia. Este artigo discute o sistema de regulamentação de incentivos alemão na estrutura da lei de energia e as questões legais decorrentes da medida de investimento sob § 23 ARegV. A medida de investimento é de particular relevância para os operadores de sistemas de transmissão, que operam as redes de transporte que percorrem todo o território da Alemanha e, portanto, desempenham um papel essencial no transporte de energia.

### PALAVRAS-CHAVE

Lei de energia — Lei de regulamentação — Transição energética — Regulamentação de incentivos — Medida de investimento.

### ABSTRACT

*Deutschland befindet sich seit dem Jahr 2011 in der Umstellung auf überwiegend regenerative Energien. Um diese Energiewende vollziehen zu können, ist ein Ausbau der bestehenden Energienetze erforderlich. Die Netzindustrien in Deutschland sind monopolistisch geprägt, was eine Regulierung der marktbeherrschenden Unternehmen notwendig macht. Im Rahmen des Regulierungsrechts setzt der Gesetzgeber auf eine Anreizregulierung, um diese Unternehmen dazu anzureizen, ihre Energienetze durch Investitionen auszubauen und so ein Energienetz zu schaffen, welches den Transport der durch alternative Energiequellen gewonnenen oder erzeugten Energie ermöglicht. Dieser Artikel behandelt das System der deutschen Anreizregulierung im Gefüge des Energierechts und rechtliche Fragen, die sich aus der Investitionsmaßnahme nach § 23 ARegV ergibt. Die Investitionsmaßnahme betrifft insbesondere Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreiber relevant, die die Transportnetze betreiben, welche sich durch das gesamte Bundesgebiet ziehen und somit eine wesentliche Rolle im Energietransport einnehmen.*

### KEYWORDS

Energierecht — Regulierungsrecht — Energiewende — Anreizregulierung — Investitionsmaßnahme.

**REFERÊNCIA:** RIEMANN, Thorben. Rechtsfragen des Fördermechanismus der Investitionsmaßnahme gem. § 23 ARegV unter besonderer Berücksichtigung des t-0-Verzugs. *Res Severa Verum Gaudium*, v. 6, n. 2, Porto Alegre, p. 36-72, mai. 2022.

\* Graduando em Direito pela Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

## **A. Einleitung**

Die Netzindustrien durchlaufen seit den Liberalisierungsbestrebungen der Europäischen Union verschiedene Phasen staatlicher Regulierung, um die monopolistisch geprägten Strukturen aufzubrechen. Für diesen Eingriff bedient sich der Staat unter anderem einer ausdifferenzierten Netzzugangs- und Netzentgeltregulierung, die für das Entstehen von Wettbewerb sorgen soll. Durch diesen sollen geringere Strom- und Gaspreise auf dem Endkundenmarkt bei gleichzeitig höherer Wohlfahrt erreicht werden. Durch die Monopolstellung und die erzielbare Monopolrendite haben sich in der Vergangenheit ineffiziente (Kosten-)Strukturen bei den Netzbetreibern verfestigt. Zum Abbau dieser in den Monopolbereichen bestehenden Ineffizienzen wird zunehmend auf eine Anreizregulierung gesetzt, um regulierte Unternehmen zu effizientem Verhalten und damit zu Kostensenkungen anzuhalten, die im Anschluss an die Netznutzer weitergegeben werden können.

Gleichzeitig steht der leitungsgebundene Energiesektor nicht zuletzt aufgrund der Energiewende vor großen investiven Herausforderungen. Die bestehenden Netze müssen durch einen massiven Netzausbau auf die steigende Zahl dezentraler Einspeisepunkte ausgerichtet werden, um den Übergang auf überwiegend regenerative Energiequellen zu ermöglichen und die Versorgungssicherheit nicht zu gefährden. Das entstehende Investitionsbedürfnis steht in einem Spannungsverhältnis zu dem Ziel einer gesteigerten Effizienz. Es bedarf daher besonderer Instrumente, um Anreize zu setzen, damit die regulierten Unternehmen die erforderlichen Investitionen in die Netze tätigen. Eines dieser Instrumente ist die Investitionsmaßnahme nach § 23 ARegV, die den Netzbetreibern die Vornahme bestimmter Investitionen ermöglichen soll. Sie bewegt sich damit in der Schnittstelle zwischen den verschiedenen energiepolitischen Zielen. Im Jahr 2012 erfuhr die Investitionsmaßnahme durch die Abschaffung des Zeitverzuges beim Refinanzierungsbeginn der Investitionen eine Änderung, die wesentliche Auswirkungen auf die Investitionsanreize des § 23 ARegV hatte und den Fördermechanismus maßgeblich beeinflusste.

Nach einer kurzen Einführung in den regulierungsbedürftigen Energiesektor (B) widmet sich die Arbeit der Investitionsmaßnahme nach § 23 ARegV (C). An die allgemeine Einordnung schließen sich Ausführungen zu spezifischen Fragen des Fördermechanismus unter besonderer Berücksichtigung des t-0-Verzuges an, die sodann in Überlegungen zur systematischen Besonderheit der Investitionsmaßnahme (D) münden.

## B. Die Anreizregulierung im Gefüge des Energierechts

### I. Die Regulierungsbedürftigkeit des Energiesektors

Der Energiesektor ist in besonderem Maße monopolistisch geprägt. Beim Transport von Strom und Gas muss auf bestehende Transportnetze zurückgegriffen werden. Aufgrund der hohen Investitionskosten zur Errichtung dieser Netze, die im Verlauf zum großen Teil regelmäßig nicht refinanziert werden können, also irreversibel sind, stellen die Transportnetze ein sog. *natürliches Monopol* dar.<sup>1</sup> Die Entstehung von Wettbewerb ist in einer nicht regulierten Umgebung aufgrund der faktischen Kontrolle des natürlichen Monopolisten und der hohen Marktzutrittsschranken für potentielle Konkurrenten nicht möglich.<sup>2</sup> Zudem besteht eine erhebliche Einflussmöglichkeit des Monopolisten auf die vor- und nachgelagerten Märkte: Die Stromerzeuger bzw. Gasgewinner sind auf den Anschluss an das bestehende Netz angewiesen, Strom- und Gasversorger benötigen einen Zugang zum Netz, um die Endkunden beliefern zu können.<sup>3</sup> Das Transportnetz begründet ein *bottleneck*.<sup>4</sup> Die Leitungsgebundenheit<sup>5</sup> der Netzindustrien führt dazu, dass der Inhaber bzw. Betreiber der nicht duplizierbaren Infrastruktur über beträchtliche Marktmacht verfügt und diese durch Diskriminierung anderer Marktteilnehmer zur Verhinderung von Wettbewerb auf vor- und nachgelagerten Märkten ausnutzen kann.<sup>6</sup> Die Diskriminierungsgefahr besteht im Besonderen bei vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen, welche sowohl in den Wettbewerbsbereichen Energieerzeugung bzw. -gewinnung und/oder Energievertrieb als auch im Monopolbereich des Transportes tätig sind und ihren verbundenen Unternehmen insbesondere durch Quersubventionierungen einen Wettbewerbsvorteil verschaffen können.<sup>7</sup> Da der Monopolist wegen der fehlenden Marktdisziplinierung seine gesamten Kosten in Form höherer Entgelte auf die Netznutzer bzw. Endkunden überwälzen kann, besteht für ihn kein Interesse an kostensenkenden Maßnahmen oder zum Abbau bestehender Ineffizienzen – der Markt versagt.<sup>8</sup> Als Korrektiv dieses Marktversagens folgt die Regulierung folgt nun der Erkenntnis, dass

---

<sup>1</sup> *Eekhoff/Jänsch/Baur/Salje/Schmidt-Preuß*, Kap. 2 Rn. 9; *Kühling*, Energierecht, Kap. 1 Rn. 2.

<sup>2</sup> *Schmidt-Preuß*, Recht der Regulierung, 68 (70 f.); *Grün*, Entgeltregulierung, S. 24.

<sup>3</sup> *Haucap/Coenen/Holznapel/Schütz*, Einf. Rn. 18.

<sup>4</sup> *Schmidt-Preuß*, Recht der Regulierung, 68 (69); vgl. auch *ders.*, RdE 2019, 149 (154).

<sup>5</sup> Zum Begriff vgl. *Britz/Fehling/Ruffert*, § 9 Rn. 15; *Grün*, Entgeltregulierung, S. 23, 54.

<sup>6</sup> *Klees*, EnWR, Kap. 1 Rn. 145; *Schmidt-Preuß/BerlKommEnR 1/1*, Einl. B Rn. 91; *Dirnberger et al./PdK-Bund D 3*, 4.2.2.

<sup>7</sup> *Klees*, EnWR, Kap. 1 Rn. 145; *Säcker*, AöR 130 (2005), 180 (184); *Schuler*, Investitionsmaßnahme S. 45.

<sup>8</sup> *Pedell/Baur/Salje/Schmidt-Preuß*, Kap. 79 Rn. 1; *Schmidt-Preuß/BerlKommEnR 1/1*, Einl. B Rn. 31; *Brüning*, DVBl. 2016, 1349 (1349 f.).

regulatorische Eingriffe im Monopolbereich automatisch zu Wettbewerb auf den vor- und nachgelagerten Märkten führen.<sup>9</sup> Im Energiesektor bedeutet dies eine Regulierung der die Transportnetze als natürliche Monopolisten betreibenden Unternehmen, um potentiellen Wettbewerbern den Markteintritt zu ermöglichen und letztlich eine höhere Wohlfahrt durch Steigerung der Versorgungssicherheit (auch durch Effizienzsteigerungen)<sup>10</sup> bei geringeren Preisen zu erreichen.<sup>11</sup> Versagt der Markt, ermöglicht die Simulation von Wettbewerb durch Regulierung wettbewerbsanaloge Entgelte zu Lasten des Monopolisten.<sup>12</sup> Dies führt zu dem Paradox des Regulierungsrechts der Erreichung von *Freiheit durch Zwang*.<sup>13</sup>

Um Wettbewerb herbeizuführen, bedarf es neben der Entflechtung der vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen<sup>14</sup> vor allem einer Netzzugangs- und Netzentgeltregulierung.<sup>15</sup> Der Zugangsanspruch bildet das *Herzstück*<sup>16</sup> der Regulierung, wobei den Netzentgelten zur Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Wettbewerbes aufgrund der Möglichkeit des Monopolisten zur Erhebung prohibitiv hoher Netzentgelte eine integrale Bedeutung zukommt.<sup>17</sup> Maßgeblicher Parameter ist die Höhe des Entgeltes: Zu hoch angesetzte Entgelte verhindern den Markteintritt potentieller Wettbewerber, durch zu geringe Entgelte verbleibt dem Netzbetreiber hingegen keine angemessene Rendite, wodurch die Vornahme der zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit notwendigen Investitionen verhindert und gleichzeitig das grundrechtliche Gebot der Substanzerhaltung verletzt wird.<sup>18</sup> Der Entgeltregulierung kommt daher die essentielle Bedeutung zu, diese unterschiedlichen Interessen in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.<sup>19</sup>

## II. Die Anreizregulierung als Entgeltregulierung

Nach § 21 Abs. 2 EnWG erfolgt die Bestimmung der Entgelte auf der Grundlage der Kosten einer Betriebsführung, die denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren

---

<sup>9</sup> Schmidt-Preuß/BerlKommEnR 1/1, Einl. B Rn. 31; Matz/Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 77 Rn. 10.

<sup>10</sup> Vgl. Schmidt-Preuß, Recht der Regulierung, 68 (73).

<sup>11</sup> Burgi, DVBl. 2006, 269 (271 f.); Schuler, Investitionsmaßnahme, S. 48.

<sup>12</sup> Schmidt-Preuß, Recht der Regulierung, 68 (72); Groebel/Britz/Hellermann/Hermes, § 21 EnWG Rn. 56.

<sup>13</sup> Schmidt-Preuß/BerlKommEnR 1/1, Einl. B Rn. 32; ders., Recht der Regulierung, 68 (93).

<sup>14</sup> Vgl. Säcker/BerlKommEnR 1/1, Einl. A Rn. 26; Kühling, Energierecht, Kap. 1 Rn. 2.

<sup>15</sup> Schmidt-Preuß, Recht der Regulierung, 68 (72); vgl. zur historischen Entwicklung Büdenbender, et 9/2005, 642; Haucap/Coenen/Holznapel/Schütte, Einf. Rn. 89.

<sup>16</sup> Ludwigs/Ruffert, § 5 Rn. 178; ders., JZ 2009, 290 (291); Schmidt-Preuß, RdE 2017 (Sonderheft), 3 (4); ders., Recht der Regulierung, 68 (81).

<sup>17</sup> Matz/Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 77 Rn. 10; Brüning, DVBl. 2016, 1349 (1350).

<sup>18</sup> Schmidt-Preuß, IR 2004, 146 (147); ders., Recht der Regulierung, 68 (83); Kühling, Energierecht, Kap. 4 Rn. 2.

<sup>19</sup> Schuler, Investitionsmaßnahme, S. 49; vgl. auch Mohr, Zugangs- und Entgeltregulierung, 94 (104 ff.).

Netzbetreibers entsprechen müssen, unter Berücksichtigung von Anreizen für eine effiziente Leistungsbereitstellung und einer angemessenen, wettbewerbsfähigen und risikoadäquaten Verzinsung des Kapitals. Die *Effizienz* wird dabei zum wesentlichen Faktor der Entgeltregulierung erhoben.<sup>20</sup> Die auf Grundlage des § 21a Abs. 6 EnWG zum 1.1.2009 eingeführte Anreizregulierungsverordnung (ARegV) stellt die dynamische Fortführung<sup>21</sup> sowie regulatorische Verkörperung dieses Effizienzmaßstabes und die Basis der energierechtlichen Entgeltregulierung dar.<sup>22</sup>

## 1. Grundkonzept der Anreizregulierung

Nach § 21a Abs. 2 S. 1 EnWG enthält die Anreizregulierung Vorgaben zur Bildung von Obergrenzen für die Dauer einer Regulierungsperiode – diese beträgt zurzeit fünf Jahre, § 3 Abs. 2 ARegV – unter Berücksichtigung von Effizienzvorgaben, die in der Regel für die Höhe der Netzzugangsentgelte oder die Gesamterlöse aus Netzzugangsentgelten gebildet werden. Wie sich aus § 4 ARegV ergibt, hat sich der Verordnungsgeber für die Einführung einer Erlösobergrenzenregulierung (sog. *Revenue-Cap-Regulierung*) entschieden.<sup>23</sup> § 21a Abs. 1 EnWG folgend setzt die Anreizregulierung Anreize für eine effiziente Leistungsbereitstellung, um den fehlenden Wettbewerb auf Netzebene durch eine effizienzorientierte Regulierung zu ersetzen.<sup>24</sup>

Maßgebliches Charakteristikum der Anreizregulierung ist die periodische Entkoppelung der Netzentgelte von den tatsächlichen Netzkosten.<sup>25</sup> Zu Beginn einer jeden Regulierungsperiode wird dem regulierten Unternehmen für jedes Jahr der Regulierungsperiode *ex-ante* eine unternehmensindividuelle Erlösobergrenze festgesetzt (vgl. § 4 Abs. 2 ARegV), die ein Netzbetreiber durch die Netzzugangsentgelte maximal vereinnahmen darf.<sup>26</sup> Dazu erfolgt eine Kostenprüfung im vorletzten Kalenderjahr *t* vor Beginn der nächsten Regulierungsperiode auf Basis des zuletzt abgeschlossenen Geschäftsjahres (sog.

<sup>20</sup> Schmidt-Preuß, Recht der Regulierung, 68 (82).

<sup>21</sup> Vgl. Schmidt-Preuß, Recht der Regulierung, 68 (82); Säcker/Meinzenbach, RdE 2009, 1 (3); Groebel/Britz/Hellermann/Hermes, § 21 EnWG Rn. 32.

<sup>22</sup> Kühling, Energierecht, Kap. 4 Rn. 1; Theobald/Theobald, Grundzüge EnWR, S. 283; Vgl. zur europarechtlichen Determinierung Schmidt-Preuß/BerlKommEnR 1/1, Einl. B Rn. 98.

<sup>23</sup> Theobald/Theobald, Grundzüge EnWR, S. 284; zu weiteren Formen der Regulierung Säcker, N&R 2009, 78 (82).

<sup>24</sup> Weyer/Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 80 Rn. 1; Britz/Fehling/Ruffert, § 9 Rn. 76.

<sup>25</sup> BNetzA, Bericht nach § 112a EnWG, Rn. 165 f.; Schmidt-Preuß, RdE 2019, 149 (155); Mohr, RdE 2017, 273 (274).

<sup>26</sup> Dirnberger et al./PdK-Bund D 3, 4.2.2.2.

Basisjahr,  $t_0$ ), § 6 Abs. 2 S. 3, 4 ARegV.<sup>27</sup> Auf dieser Grundlage wird dem regulierten Unternehmen mit der Erlösobergrenze ein individueller Erlöspfad vorgegeben, der die Effizienzvorgaben abbildet, die sich durch einen bundesweiten Effizienzvergleich zum effizientesten Netzbetreiber (dem *Frontier-Unternehmen*)<sup>28</sup> bestimmt, §§ 12, 22 ARegV.<sup>29</sup> Übertrifft dieser die ihm gesetzten Effizienzvorgaben zum Abbau der ermittelten Ineffizienzen, kann die entstehende Differenz zwischen den tatsächlichen Kosten und der Erlösobergrenze als Gewinn vereinnahmt werden.<sup>30</sup> Bleibt der Netzbetreiber hinter den Effizienzvorgaben zurück, wirkt sich dies gewinnmindernd aus.<sup>31</sup> § 21a Abs. 5 S. 4 EnWG bestimmt, dass die Effizienzvorgaben durch Maßnahmen des Netzbetreibers erreicht und übertroffen werden können müssen. Die Anreizregulierung macht sich damit das Gewinnstreben der Unternehmen zu eigen<sup>32</sup> und setzt so den namensgebenden Anreiz zu Effizienzsteigerungen zur Maximierung des möglichen Gewinns.<sup>33</sup> Die Kostensenkungen werden in der folgenden Regulierungsperiode durch Absenkung der Erlösobergrenze an die Netznutzer in Form geringerer Netzzugangsentgelte weitergegeben.<sup>34</sup> Durch diesen Mechanismus wird die effizienzsteigernde Wirkung funktionsfähigen Wettbewerbes simuliert.<sup>35</sup>

Zentrale Frage bei der Bestimmung der Erlösobergrenze ist die Unterscheidung zwischen dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten auf der einen und vorübergehend nicht beeinflussbaren sowie beeinflussbaren Kosten auf der anderen Seite.<sup>36</sup> Denn die in § 11 Abs. 2 ARegV abschließend aufgelisteten dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten fließen gem. §§ 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 2 ARegV nicht in den Effizienzvergleich ein, sondern werden durch Erhöhung der Erlösobergrenze direkt an die Netznutzer weitergegeben<sup>37</sup> und der Anreizwirkung entzogen.<sup>38</sup> Andernfalls würde das regulierte Unternehmen durch die Gewinnverminderung die Risiken dieser Kosten tragen, ohne auf sie effizienzsteigernd einwirken zu können.<sup>39</sup> Festzuhalten ist jedoch, dass die Kosten nach § 21a Abs. 6 S. 2 Nr. 7

---

<sup>27</sup> Lüdtke-Handjery/Paust/Weyer/Holznagel/Schütz, § 23 ARegV Rn. 63.

<sup>28</sup> Schmidt-Preuß, Recht der Regulierung, 68 (82).

<sup>29</sup> Mohr, RdE 2017, 273 (274); Schütz/Schreiber/Holznagel/Schütz, § 21a EnWG Rn. 186.

<sup>30</sup> Schütz/Schreiber/Holznagel/Schütz, § 21a EnWG Rn. 80.

<sup>31</sup> Mohr, RdE 2017, 273 (274).

<sup>32</sup> Schuler, RdE 2020 (Sonderheft), 57 (61).

<sup>33</sup> Pedell/Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 79 Rn. 9; Weyer/Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 80 Rn. 8.

<sup>34</sup> Broemel, Regulierung, S. 238; Berndt, Anreizregulierung, S. 153.

<sup>35</sup> Dirnberger et al./PdK-Bund D 3, 4.2.2.2; Groebel/Horstmann/Holznagel/Schütz, Einf. Rn. 203; Säcker, AöR 130 (2005), 180 (205).

<sup>36</sup> Pedell/Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 79 Rn. 39.

<sup>37</sup> Kühling, Energierecht, Kap. 4 Rn. 25, 55; Pedell/Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 79 Rn. 37; Theobald/Theobald, Grundzüge EnWR, S. 301 f.

<sup>38</sup> Broemel, Regulierung, S. 235.

<sup>39</sup> BT-Drs. 15/5268, S. 120; Pedell/Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 79 Rn. 37; Schütz/Schreiber/Holznagel/Schütz, § 21a EnWG Rn. 158; Strobel, Investitionspflichten, S. 423.

EnWG lediglich als dauerhaft nicht beeinflussbar *gelten*.<sup>40</sup> Wegen der Einschätzungsprärogative des Ordnungsgebers können beeinflussbare Kosten den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten zugeordnet werden, um diese von der Anreizwirkung auszunehmen; es handelt sich um eine *normative Fiktion*.<sup>41</sup> Im entgegengesetzten Fall ergibt sich die Verpflichtung zur Anerkennung objektiv nicht beeinflussbarer Kosten bereits aus § 21a Abs. 4 EnWG;<sup>42</sup> die dargestellte Anreizwirkung liefe hier ohnehin ins Leere.<sup>43</sup>

## 2. Nachteile der Anreizregulierung

### a) Notwendigkeit von Investitionen

Die Netzzugangsentgeltregulierung muss gem. § 1 Abs. 2 EnWG so ausgestaltet sein, dass der langfristig angelegte leistungsfähige und zuverlässige Betrieb der Energieversorgungsnetze gesichert ist. Es muss demnach gewährleistet sein, dass die für den Netzbetrieb notwendigen Investitionen getätigt werden, die die zuverlässige Energieversorgung sicherstellen.<sup>44</sup> Neben den notwendigen Instandhaltungen sorgt auch die im Jahr 2011 ausgerufene sog. *Energiewende* für ein steigendes Investitionsbedürfnis.<sup>45</sup> Bisher war das Netz auf die Einspeisung von Strom an zentralen Einspeisepunkten ausgerichtet. Durch die Umstellung auf vorwiegend erneuerbare Energien kommt es zu einer vermehrten Dezentralität der Stromeinspeisung: Statt den Strom wie bisher von zentralen Kohle- und Atomkraftwerken in das Netz einzuspeisen, müssen nun die verschiedenen, dezentralen Erzeuger erneuerbarer Energien an das Netz angebunden und der Strom im Anschluss zu den Verbrauchszentren transportiert werden.<sup>46</sup> Auf diese Umstellung und den erforderlichen Transport ist das Netz bisher (noch immer) nicht ausgerichtet – es bedarf massiver Investitionen, um die erforderliche Netzstruktur zu errichten;<sup>47</sup> sonst droht ein Infrastrukturmangel.<sup>48</sup> Der Netzausbau ist daher die größte *Baustelle* der Energiewende.<sup>49</sup>

<sup>40</sup> Weyer/Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 82 Rn. 2.

<sup>41</sup> Schütz/Schreiber/Holzner/Schütz, § 21a EnWG Rn. 152; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.2.2010 – VI-3 Kart 4/09 (V) – ZNER 2010, 398 (399).

<sup>42</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.2.2010 – VI-3 Kart 4/09 (V) – ZNER 2010, 398 (399).

<sup>43</sup> Vgl. dazu BGH, Beschl. v. 9.7.2013 – EnVR 37/11, Rn. 17 – KNS.

<sup>44</sup> Berndt, Anreizregulierung, S. 190; Britz/Fehling/Ruffert, § 9 Rn. 7.

<sup>45</sup> Groebel/Horstmann/Holzner/Schütz, Einf. Rn. 191; Kühling, Energierecht, Kap. 4 Rn. 2.

<sup>46</sup> Booz, RdE 2018, 63 (64); Strobel, Investitionspflichten, S. 52 f.; vgl. auch *Monopolkommission*, Sondergutachten 71, 2015, Rn. 266.

<sup>47</sup> Korte/Gawel, IR 2013, 250 (251 f.); Säcker, N&R 2009, 78 (85).

<sup>48</sup> Schütz/Schreiber/Holzner/Schütz, § 21a EnWG Rn. 84.

<sup>49</sup> Klees, EnWR, Kap. 2 Rn. 93.

Die Notwendigkeit von Investitionen ergibt sich auch aus dem Ziel der Europäischen Union, den Netzausbau zur Verbesserung der Versorgungssicherheit und zur Verwirklichung eines europäischen Binnenmarktes für Energie voranzutreiben.<sup>50</sup>

## b) Nachteile der Anreizregulierung in Bezug auf Investitionen

Zentraler Ansatz der Anreizregulierung ist – wie oben dargestellt – der Abbau überhöhter Gewinnmargen und Ineffizienzen beim Netzbetrieb.<sup>51</sup> Primäre Ausrichtung der Anreizregulierung ist damit die Ausnutzung von Kostensenkungspotenzialen zur Realisierung zusätzlicher Gewinne.<sup>52</sup> In welchem Bereich Einsparungen vorgenommen werden, ist im Verfahren der ARegV grundsätzlich ohne Belang.<sup>53</sup> Investitionskürzungen und Einsparungen bei der Erhaltung und dem Ausbau der Netze werden begünstigt, denn die Nichtvornahme von Investitionen führt zu einer kurzfristigen Renditeerhöhung zu Lasten der langfristigen Versorgungssicherheit und -qualität.<sup>54</sup>

Im System der Anreizregulierung tritt ein weiterer investitionshemmender Effekt hinzu, der sich aus der Unterscheidung von beeinflussbaren bzw. vorübergehend nicht beeinflussbaren und dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteilen ergibt. Beeinflussbare und vorübergehend nicht beeinflussbare Kostenanteile werden – im Gegensatz zu den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteilen – nicht jährlich, sondern grundsätzlich lediglich alle fünf Jahre bei der Festlegung der Erlösobergrenze für die kommende Regulierungsperiode ermittelt, §§ 4 Abs. 2 S. 1, 6 Abs. 1 ARegV.<sup>55</sup> Investitionskosten, die nach dem der Erlösobergrenze zugrunde gelegten Basisjahr entstehen und diesen Kostenanteilen zugeordnet werden, können somit im Grundsatz erst in der nächsten Regulierungsperiode berücksichtigt werden.<sup>56</sup> Dauert die Regulierungsperiode fünf Jahre, kommt es in Verbindung mit der Kostenprüfung auf Grundlage des Basisjahres zu einem Zeitverzug von bis zu sieben Jahren; dieser entstehende t-7-Verzug wird als *negativer Sockeleffekt* bezeichnet.<sup>57</sup>

---

<sup>50</sup> Schuler, Investitionsmaßnahme, S. 35; vgl. auch *Kommission*, Europa 2020, KOM(2010) 2020 endg., S. 17 ff.; zur Energieunion siehe auch *Gundel/Dauses/Ludwigs*, HdB EU-WirtR, Kap. M. Rn. 163 ff.

<sup>51</sup> Schendel, IR 2011, 242 (242).

<sup>52</sup> Broemel, Regulierung, S. 235; *Theobald/Theobald*, Grundzüge EnWR, S. 305.

<sup>53</sup> Broemel, Regulierung, S. 245; In Bezug auf die Versorgungsqualität vgl. auch *Meinzenbach*, Anreizregulierung als Instrument, S. 229 f.

<sup>54</sup> *Burgi*, Regulierung, Investitionsfreiheit und technischer Wettbewerb, 143 (156); *Berndt*, Anreizregulierung, S. 193; vgl. auch *BNetzA*, Bericht nach § 112a EnWG, Rn. 558;

<sup>55</sup> *Weyer/Baur/Salje/Schmidt-Preuß*, Kap. 86 Rn. 2.

<sup>56</sup> *Strobel*, Investitionspflichten, S. 421.

<sup>57</sup> Vgl. *Stelter*, EnWZ 2017, 147 (147 f.); *Mohr*, RdE 2017, 273 (274).

Zur Auflösung des der Anreizregulierung inhärenten Zielkonflikts und Zeitverzuges bedarf es daher investitionsfördernder Elemente, um Anreize zur Vornahme der erforderlichen Investitionen zu schaffen.<sup>58</sup> Die ARegV sieht verschiedene Investitionsförderinstrumente vor, um diesen Nachteilen entgegenzutreten, wobei die auf § 21a Abs. 6 S. 2 Nr. 8 EnWG basierende Investitionsmaßnahme nach § 23 ARegV für Übertragungsnetzbetreiber (ÜNB) und Fernleitungsnetzbetreiber (FLNB) das bedeutendste Instrument für ihre Investitionstätigkeit darstellt.<sup>59</sup>

## C. Die Investitionsmaßnahme, § 23 ARegV

### I. Allgemeines

§ 23 Abs. 1 ARegV eröffnet den ÜNB und FLNB die Möglichkeit, Investitionsmaßnahmen bei der Bundesnetzagentur (BNetzA) als zuständige Regulierungsbehörde zu beantragen. Das Instrument der Investitionsmaßnahme ist zwar grundsätzlich auch den Verteilernetzbetreibern zugänglich, vgl. § 23 Abs. 6, 7 ARegV. Aufgrund der Übergangsregelung des § 34 Abs. 7 ARegV gilt dies hingegen nur noch bis zum Ablauf der zweiten Regulierungsperiode (31.12.2018 für Strom und 31.12.2017 für Gas), sodass § 23 Abs. 6 und 7 ARegV in der aktuellen dritten Regulierungsperiode keinen Anwendungsbereich mehr haben.<sup>60</sup> Investitionen von Verteilernetzbetreibern werden seit der ARegV-Novelle 2016 über den Kapitalkostenabgleich nach § 10a ARegV berücksichtigt, der für ÜNB und FLNB nicht gilt.<sup>61</sup>

Der Fokus liegt daher auf den ÜNB und FLNB, die in der Anreizregulierung eine Sonderrolle einnehmen (II). Nach einer anschließenden Darstellung der von § 23 ARegV aufgestellten Voraussetzungen (III) beschäftigt sich dieser Teil intensiv mit den Auswirkungen der Genehmigung in Bezug auf den Fördermechanismus (IV) und dem Abzugsposten (V).

### II. Sonderrolle von ÜNB und FLNB

<sup>58</sup> *Broemel*, Regulierung, S. 245.

<sup>59</sup> *Schendel*, IR 2011, 242 (243); *Burgi*, Regulierung, Investitionsfreiheit und technischer Fortschritt, 143 (157).

<sup>60</sup> *Hummel/Theobald/Kühling* EnR, § 23 ARegV Rn. 73.

<sup>61</sup> Vgl. zu den Investitionsbedingungen auf Verteilernetzebene *Gersemann*, EnWZ 2016, 531.

Die dargestellten Herausforderungen des Netzausbaus im Zuge der Energiewende treffen vor allem die ÜNB.<sup>62</sup> Die zusätzlichen Aufgaben der Verwirklichung eines europäischen Elektrizitätsnetzes, die Einspeisung von Strom aus regenerativen Energiequellen und der damit zusammenhängenden Verlagerung der Erzeugungsstandorte erfordern neue Übertragungskapazitäten und Umstrukturierungen der bestehenden Netze auf der Höchstspannungsebene.<sup>63</sup> Für den Erfolg der Energiewende ist die Vornahme dieser Anpassungen ein wesentlicher Faktor.<sup>64</sup> Auch FLNB stehen vor ähnlichen Aufgaben: Gasaufkommensquellen sowie Transportflüsse verlagern sich und neue Gaskraftwerke müssen an das Transportnetz angeschlossen werden.<sup>65</sup> Die Regulierungsbehörde kann den Netzbetreibern daher verschiedene Investitionsverpflichtungen auferlegen (vgl. §§ 11 ff., 65 Abs. 2a EnWG), um den notwendigen Ausbau sicherzustellen.<sup>66</sup> Werden den Netzbetreibern jedoch Investitionsverpflichtungen auferlegt, gebieten bereits ihre Grundrechte die Gewährleistung einer (angemessenen) Refinanzierung.<sup>67</sup> Die Rolle der ÜNB und FLNB sind in Bezug auf die Sicherstellung der Versorgungssicherheit vergleichbar, was die gemeinsame regulatorische Sonderbehandlung in § 23 ARegV rechtfertigt.<sup>68</sup>

### III. Voraussetzungen

Genehmigungsfähig sind nach § 23 Abs. 1 S. 1 ARegV lediglich Erweiterungs- bzw. Umstrukturierungsinvestitionen von ÜNB und FLNB. Es handelt sich um solche, soweit das bestehende Netz durch die Investition vergrößert wird bzw. wenn die Investition zu einer erheblichen Veränderung technischer Parameter führt, die nicht bloß unbedeutend ist.<sup>69</sup> Reine Ersatzinvestitionen, die zum Ersatz bereits bestehender (Alt-)Anlagen führen, werden von § 23 ARegV nicht erfasst<sup>70</sup> – diese sind vielmehr aus den allgemeinen Erlösen zu finanzieren.<sup>71</sup> Die beantragten Investitionsvorhaben werden genehmigt, sofern die Maßnahmen zur Stabilität des

---

<sup>62</sup> Zur Energiewende-Gesetzgebung vgl. *Säcker/BerlKommEnR* 1/1, Einl. A Rn. 37 f.

<sup>63</sup> *Lüdtke-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz*, § 23 ARegV Rn. 70.

<sup>64</sup> *Schuler*, Investitionsmaßnahme, S. 35; *Strobel*, Investitionspflichten, S. 51 ff.; *Monopolkommission*, Sondergutachten 71, 2015, Rn. 526.

<sup>65</sup> *Lüdtke-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz*, § 23 ARegV Rn. 70.

<sup>66</sup> Vgl. zu den Investitionspflichten der ÜNB allg. *Strobel*, Investitionspflichten, S. 42 ff., 176 ff.

<sup>67</sup> *Schmidt-Preuß*, Substanzerhaltung und Eigentum, S. 42, 48; *ders.*, et 11/2003, 758 (761); *Walther*, Regulierung der Elektrizitätsnetzentgelte, S. 172; *Richter/Schulze*, NVwZ 2014, 835 (835 f.); *Grün*, Entgeltregulierung, S. 97 f.

<sup>68</sup> Vgl. auch BR-Drs. 417/07, S. 66.

<sup>69</sup> *Lüdtke-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz*, § 23 ARegV Rn. 75; BGH, RdE 2014, 291 Rn. 13, 14.

<sup>70</sup> *BNetzA*, Leitfaden 2019, S. 4; *F.-P. Hansen/BerlKommEnR* 3/2, § 23 ARegV Rn. 17; *Meinzenbach*, Anreizregulierung als Instrument, S. 242.

<sup>71</sup> BR-Drs. 417/07, S. 67; *Lüdtke-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz*, § 23 ARegV Rn. 144.

Gesamtsystems, für die Einbindung in das nationale oder internationale Verbundnetz oder für einen bedarfsgerechten Ausbau des Energieversorgungsnetzes nach § 11 EnWG notwendig sind.<sup>72</sup> Die Merkmale dieser energiewirtschaftlichen Notwendigkeit stehen gleichberechtigt nebeneinander; es ist daher hinreichend, aber auch notwendig, dass zumindest eines dieser Merkmale erfüllt ist.<sup>73</sup> Die in § 23 Abs. 1 S. 2 ARegV aufgelisteten Regelbeispiele enthalten eine nicht abschließende Aufzählung von Investitionen, die regelmäßig als notwendig in diesem Sinne anzusehen sind.<sup>74</sup> Gem. § 23 Abs. 2 ARegV sind Erlöse aus dem sog. Engpassmanagement kostenmindernd anzusetzen und die in den letzten drei Jahren der Genehmigungsdauer einer Investitionsmaßnahme entstandenen Betriebs- und Kapitalkosten sind nach § 23 Abs. 2a ARegV als Abzugsbetrag zu berücksichtigen; § 23 Abs. 2b ARegV regelt den projektspezifischen Ersatzanteil. § 23 Abs. 3 bis 5 ARegV enthalten formale Vorgaben zum Antrag, zum Genehmigungsverfahren sowie zur Genehmigung an sich.

#### IV. Auswirkungen der Genehmigung

Erteilt die BNetzA die Genehmigung für eine Investitionsmaßnahme eines Netzbetreibers nach § 23 ARegV, werden die Kosten und Erlöse, die aus der Maßnahme entstehen, den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteilen zugerechnet, § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 ARegV.<sup>75</sup> Nach § 23 Abs. 1 S. 3 ARegV können die jeweiligen Betriebs- und Kapitalkosten von den Netzbetreibern geltend gemacht werden. Die Zuordnung zu den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteilen bewirkt zum einen die unmittelbare Erhöhung der Erlösobergrenze und zum anderen, dass die Effizienzvorgaben auf die Kosten und Erlöse zeitweise keine Anwendung finden.<sup>76</sup> Durch diesen Mechanismus erhöhen sich die Anreize zur Vornahme von notwendigen Investitionen, was gewährleisten soll, dass die ÜNB und FLNB ihren besonderen Aufgaben gerecht werden können (sog. *Fördermechanismus*)<sup>77 78</sup>.

##### 1. Erhöhung der Erlösobergrenze

<sup>72</sup> Kühling, Energierecht, Kap. 4 Rn. 76.

<sup>73</sup> BNetzA, Leitfaden 2019, S. 4; Vgl. Schuler, Investitionsmaßnahme, S. 89 ff.; Groebel/Britz/Hellermann/Hermes, § 21a EnWG Rn. 92.

<sup>74</sup> F.-P. Hansen/BerlKommEnR 3/2, § 23 ARegV Rn. 23.

<sup>75</sup> Weyer/Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 86 Rn. 9; Kühling, Energierecht, Kap. 4 Rn. 76.

<sup>76</sup> Strobel, Investitionspflichten, S. 423; Weyer/Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 86 Rn. 9.

<sup>77</sup> Vgl. Schuler, Investitionsmaßnahme, S. 165 f.; Schuler, RdE 2020 (Sonderheft), 57 (60).

<sup>78</sup> Lüdtke-Handjery/Paust/Weyer/Holznagel/Schütz, § 23 ARegV Rn. 88.

Durch § 23 ARegV wird der negative Sockeleffekt, also die zeitliche Verzögerung zwischen Investition und Erlöswirksamkeit reduziert bzw. beseitigt.<sup>79</sup> Der investitionshemmende *t-7-Verzug* wird korrigiert<sup>80</sup> und durch die unmittelbare Kostenanerkennung durch Geltendmachung der Betriebs- und Kapitalkosten in der jährlichen Anpassung der Erlösobergrenze ersetzt.<sup>81</sup> Die Kosten werden unmittelbar, also ohne jeglichen Zeitverzug erlöswirksam (sog. *t-0-Verzug*).<sup>82</sup>

Diese Rechtslage besteht indes erst seit der Änderung der ARegV im Jahr 2012. Zur Verdeutlichung der Wirkung der derzeitigen unmittelbaren Erlöswirksamkeit soll zunächst die bisherige Rechtslage beleuchtet werden, die eine zeitverzögerte Berücksichtigung der Kosten vorsah.

#### a) Bisherige Rechtslage

Nach der alten Rechtslage wurden keine Investitionsmaßnahmen, sondern Investitionsbudgets für Betriebs- und Kapitalkosten<sup>83</sup> genehmigt, die zur Durchführung von Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen erforderlich waren.<sup>84</sup> Der Antrag eines Netzbetreibers wurde damit sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach von der BNetzA überprüft und genehmigt.<sup>85</sup> Die Kosten und Erlöse wurden den dauerhaft nicht beeinflussbaren Kosten zugeordnet, sodass es ebenfalls zu einer jährlichen Anpassung der Erlösobergrenze kam. Abzustellen war dabei nach § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Teils. 2 ARegV a.F. hingegen auf die jeweils im vorletzten Kalenderjahr entstandenen Kosten, sodass die Investitionskosten erst mit einem Zeitverzug von zwei Jahren berücksichtigt werden konnten (sog. *t-2-Verzug*).<sup>86</sup> Im Vergleich zum Regelverfahren der ARegV wurde der negative Sockeleffekt durch diese Regelung von bis zu sieben auf zwei Jahre reduziert.<sup>87</sup> Da die Anpassung der Erlösobergrenze auf den tatsächlichen Kosten – die Gegenstand der *ex-ante* Kostengenehmigung durch die

---

<sup>79</sup> Stelter, EnWZ 2017, 147 (148).

<sup>80</sup> Strobel, Investitionspflichten, S. 421.

<sup>81</sup> Hummel/Theobald/Kühling EnR, § 23 ARegV Rn. 54.

<sup>82</sup> Lüdtke-Handjery/Paust/Weyer/Holznagel/Schütz, § 23 ARegV Rn. 38;

<sup>83</sup> Betriebskosten sind erst seit dem 9.9.2010 genehmigungsfähiger Bestandteil des § 23 ARegV.

<sup>84</sup> ARegV in der Fassung v. 29.10.2007, BGBl. I 2007, S. 2529; F.-P. Hansen/BerlKommEnR 3/2, § 23 ARegV Rn. 49.

<sup>85</sup> Lüdtke-Handjery/Paust/Weyer/Holznagel/Schütz, § 23 ARegV Rn. 38.

<sup>86</sup> Meinzenbach/BerlKommEnR 1/2, § 4 ARegV Rn. 6; Weyer/Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 82 Rn. 60.

<sup>87</sup> Richter, NVwZ 2009, 270 (272).

BNetzA waren<sup>88</sup> – beruhte, bedingte bereits der regulatorische Prüfungszeitraum zur Ermittlung der Ist-Kosten den zweijährigen Zeitverzug.<sup>89</sup>

Die Reduktion des Zeitversatzes bei Netzinvestitionen im Vergleich zum Regelmodus der ARegV war grundsätzlich zu begrüßen, da sie zu einer erhöhten Investitions- und Planungssicherheit führte.<sup>90</sup> Aufgrund der bleibenden zweijährigen Verzögerung des Refinanzierungsbeginns einer Investition hatten die Netzbetreiber jedoch stets in Vorleistung zu gehen, was Verluste bei der Verzinsung ihres eingesetzten Kapitals bedeutete.<sup>91</sup> Diese sog. *Zinslücke*<sup>92</sup> hatte ein Absinken der Kapitalwerte der regelmäßig besonders kapitalintensiven Investitionen zur Folge,<sup>93</sup> was wiederum einen erheblichen Liquiditätsverlust nach sich zog.<sup>94</sup> Die BNetzA erkannte die negativen Auswirkungen des t-2-Verzuges auf die Investitionsanreize und reagierte mit der Aufzinsung der jährlichen Kapitalkosten auf den Zeitpunkt des Kapitalrückflusses (sog. *barwertneutraler Ausgleich*), um die Zinslücke zu schließen.<sup>95</sup> Nach Auffassung des OLG Düsseldorf fehlte es der BNetzA für den barwertneutralen Ausgleich zur Kompensation des t-2-Verzuges allerdings an einer Rechtsgrundlage.<sup>96</sup> Der Zeitverzug sei in der ARegV angelegt und sehe keinen Ausgleich für die dadurch eintretenden Nachteile für Netzbetreiber vor.<sup>97</sup> Vor diesem Hintergrund und mit Blick auf den erhöhten Investitionsbedarf entschied sich der Verordnungsgeber trotz verbliebener Bedenken in der Literatur<sup>98</sup> schließlich zur Abschaffung des t-2-Verzuges.<sup>99</sup>

## b) Derzeitige Rechtslage

§ 23 ARegV wurde zum 22.3.2012 grundlegend geändert.<sup>100</sup> Auf Antrag des regulierten Unternehmens werden nunmehr Investitionsmaßnahmen anstatt Investitionsbudgets genehmigt; es findet mithin keine Prüfung und Genehmigung der Maßnahme der Höhe, sondern

<sup>88</sup> Vgl. *Lüdtker-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz*, § 23 ARegV Rn. 91; *Theobald/Theobald*, Grundzüge EnWR, S. 306 f.

<sup>89</sup> *Agne/Finger/Hoffjan/Ufer*, et 11/2012, 64 (64).

<sup>90</sup> *Agne/Finger/Hoffjan/Ufer*, et 11/2012, 64 (64).

<sup>91</sup> *Monopolkommission*, Sondergutachten 59, 2011, Rn. 348.

<sup>92</sup> Vgl. auch *Schuler*, Investitionsmaßnahme, S. 166.

<sup>93</sup> *Monopolkommission*, Sondergutachten 59, 2011, Rn. 348.

<sup>94</sup> So auch BR-Drs. 860/11, S. 5.

<sup>95</sup> *BNetzA*, Leitfaden 2010, S. 9; *Monopolkommission*, Sondergutachten 59, 2011, Rn. 348.

<sup>96</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.04.2011 - VI-3 Kart 15/10 (V) – juris Rn. 85.

<sup>97</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.04.2011 - VI-3 Kart 15/10 (V) – juris Rn. 85.

<sup>98</sup> *Schendel*, IR 2011, 242 (245); insb. zu der Gefahr einer unangemessenen Renditeerhöhung vgl. *Agne/Finger/Hoffjan/Ufer*, et 11/2012, 64 (65 ff.).

<sup>99</sup> Vgl. BR-Drs 860/11, S. 5, 7.

<sup>100</sup> *F.-P. Hansen/BerlKommEnR 3/2*, § 23 ARegV Rn. 7; Zur Änderung siehe BGBl. I 2012, S. 489.

nur noch dem Grunde nach statt.<sup>101</sup> Das Investitionsvolumen und die Berechnung der sich aus der Maßnahme ergebenden Kosten sind nicht mehr Gegenstand des Prüfungsumfangs der BNetzA; lediglich die Voraussetzungen des § 23 ARegV müssen vorliegen.<sup>102</sup>

Bei Veränderung der dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteile, also bei Entstehen der Investitionskosten, kann die Erlösobergrenze vom Netzbetreiber angepasst werden.<sup>103</sup> Gem. § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Teils. 3 ARegV n.F. wird dabei gleichwohl nicht mehr auf das vorletzte Kalenderjahr, sondern auf dasjenige abgestellt, auf das die Erlösobergrenze Anwendung finden soll.<sup>104</sup> Nach dieser Regelungssystematik erfolgt die Anpassung der Erlösobergrenze nicht auf Grundlage der tatsächlich entstandenen Ist-Kosten, sondern, da auf einen zukünftigen Zeitpunkt abgestellt wird, auf der Basis von Planwerten.<sup>105</sup> Somit können die Kosten bereits für das Jahr angesetzt werden, in dem sie erstmals anfallen und kostenwirksam werden (*t-0-Verzug*).<sup>106</sup> Dies gilt auch für das erste Jahr der Regulierungsperiode.<sup>107</sup> Die Einordnung als dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten und somit auch die unmittelbare Erlöswirksamkeit steht unter dem Vorbehalt, dass die genehmigte Investitionsmaßnahme dem Inhalt der Genehmigung nach durchgeführt wurde, in der Regulierungsperiode kostenwirksam ist und die Genehmigung nicht aufgehoben wurde, § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 ARegV. Kostenwirksamkeit meint dabei die erstmalige (handelsrechtliche) Aktivierung von Fertiganlagen (Inbetriebnahme) oder von Anlagen im Bau.<sup>108</sup> Damit soll verhindert werden, dass die Investitionen lediglich geplant, aber nicht tatsächlich umgesetzt werden.<sup>109</sup>

Den Planwerten kommt in diesem Zusammenhang mithin eine wesentliche Bedeutung zu, weshalb die BNetzA gem. § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV eine Festlegungsbefugnis für die Ermittlung dieser Kosten innehat.<sup>110</sup> Mit der Anerkennung von Plankosten geht gleichzeitig die Notwendigkeit eines *ex-post* Abgleichs mit den tatsächlich entstandenen Kosten einher.<sup>111</sup> Zu diesem Zweck wird ein jährlicher Plan-Ist-Abgleich zwischen den angesetzten Plankosten und den tatsächlich entstandenen Kosten durchgeführt, § 5 Abs. 1 S. 2 ARegV.<sup>112</sup> Die ermittelte

---

<sup>101</sup> BNetzA, Leitfaden 2019, S. 6; BR-Drs. 860/11, S. 8.

<sup>102</sup> F.-P. Hansen/BerlKommEnR 3/2, § 23 ARegV Rn. 16.

<sup>103</sup> Schuler, Investitionsmaßnahme, S. 168.

<sup>104</sup> Weyer/Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 86 Rn. 11.

<sup>105</sup> Hummel/Theobald/Kühling EnR, § 23 ARegV Rn. 55; BR-Drs. 860/11, S. 5.

<sup>106</sup> BGH, Beschl. v. 14.7.2015 – Az.: EnVR 6/14 – N&R 2015, 293 (294), Rn. 12.

<sup>107</sup> Vgl. Schuler, Investitionsmaßnahme, S. 169.

<sup>108</sup> BGH, Beschl. v. 14.8.2008 – Az.: KVR 39/07, Rn. 35 ff.

<sup>109</sup> Albrecht/Herrmann/Kment EnR, § 21a EnWG Rn. 72, 73.

<sup>110</sup> Groebel/Britz/Hellermann/Hermes, § 21a EnWG Rn. 89a; BNetzA, Leitfaden 2019, S. 7; BR-Drs. 860/11, S. 10.

<sup>111</sup> BNetzA, Leitfaden 2019, S. 9.

<sup>112</sup> Lüdtke-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz, § 23 ARegV Rn. 94; BNetzA, Leitfaden 2019, S. 9.

Differenz wird auf dem Regulierungskonto verbucht und verzinst sowie anschließend über die nächste Regulierungsperiode durch Zu- oder Abschläge auf die Erlösobergrenze ausgeglichen.<sup>113</sup> Zu hoch angesetzte Plankosten wirken sich demnach durch Verringerung der Erlösobergrenze erlösmindernd aus, wodurch eine Weitergabe beliebiger Kostenpunkte an die Netznutzer vermieden wird.<sup>114</sup> Überschreiten die tatsächlichen Kosten die angesetzten Plankosten, wird die Erlösobergrenze dementsprechend erhöht, womit deren Erlöswirksamkeit gesichert wird. Dies hat den Vorteil, dass die Netzbetreiber das Kostenprognoserisiko tragen und sich gleichzeitig der Regulierungsaufwand reduziert.<sup>115</sup>

Mittels der Erhöhung der Erlösobergrenze entstehen den Netzbetreibern garantierte und ungeminderte Kapitalrückflüsse ab dem Zeitpunkt der Kostenwirksamkeit der getätigten Investitionen, was die oben beschriebene Zinslücke<sup>116</sup> schließt.<sup>117</sup> Gleichwohl scheint die Neuregelung einen Nachteil für die Netzbetreiber im Vergleich zum Regelverfahren der ARegV zu bieten: Bei der Berücksichtigung von Investitionen im Regelverfahren kann es zwar zu dem beschriebenen negativen Sockeleffekt kommen. Dieser wird jedoch (zum Teil) durch *positive Sockeleffekte* in den kommenden Regulierungsperioden wieder ausgeglichen.<sup>118</sup> Der Erlösobergrenze sind die Kosten des Basisjahres zugrunde zu legen. Die hier ermittelten Kostenanteile einer Investition werden in jedem Jahr der Regulierungsperiode in gleicher Höhe erlöswirksam, obwohl sich die kalkulatorischen Restwerte, also der Wert des Anlagegutes jährlich *de facto* verringert.<sup>119</sup> Dieser Wertverlust bleibt für die Dauer der Regulierungsperiode unberücksichtigt – der Netzbetreiber kann die Differenz vereinnahmen (*positiver Sockeleffekt*).<sup>120</sup> Nach der derzeitigen Rechtslage sind die Kosten einer Investitionsmaßnahme einem jährlichen Plan-Ist-Abgleich unterworfen. Durch diesen Abgleich werden die tatsächlichen Kosten einer Investition mit den angesetzten Plankosten abgeglichen und über das Regulierungskonto ausgeglichen. Damit werden auch die sinkenden kalkulatorischen Restwerte der Investition – die sich auch in der kalkulatorischen Eigenkapitalverzinsung und kalkulatorischen Gewerbesteuer ausdrücken – erlösmindernd berücksichtigt.<sup>121</sup> Es ist allerdings festzuhalten, dass dieser Effekt ebenso beim t-2-Verzug auftrat, da auch hier die tatsächlichen Kosten bei der jährlichen Anpassung der Erlösobergrenze zugrunde gelegt wurden. Dennoch

---

<sup>113</sup> BR-Drs. 860/11, S. 7; *Lüdtke-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz*, § 23 ARegV Rn. 94.

<sup>114</sup> *Strobel*, Investitionspflichten, S. 431.

<sup>115</sup> Vgl. *Lüdtke-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz*, § 23 ARegV Rn. 94.

<sup>116</sup> Siehe oben C. IV. 1. a).

<sup>117</sup> *Strobel*, Investitionspflichten, S. 449.

<sup>118</sup> *Stelter*, EnWZ 2017, 147 (147 f.).

<sup>119</sup> *Lüdtke-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz*, § 23 ARegV Rn. 65.

<sup>120</sup> *Stelter*, EnWZ 2017, 147 (147 f.).

<sup>121</sup> *Lüdtke-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz*, § 23 ARegV Rn. 65.

war es für die Netzbetreiber aufgrund der Vorteile des bloß zweijährigen im Gegensatz zum siebenjährigen Zeitverzug attraktiver, die durch den t-2-Verzug bedingte Zinslücke in Kauf zu nehmen, als von den positiven Sockeleffekten zu profitieren, da die Erhöhung der Erlösobergrenze im Vergleich zu den Sockeleffekten höhere Gewinne ermöglichte. Nach Abschaffung des t-2-Verzuges und des Übergangs zur unmittelbaren Erlöswirksamkeit erhöhte sich der Renditeeffekt, der die positiven Sockeleffekte somit erst recht überkompensiert.<sup>122</sup>

Der t-0-Verzug schafft daher einen investitionsfreundlicheren Rechtsrahmen, der sich positiv auf das Investitionsklima ausübt und starke Investitionsanreize für die Netzbetreiber setzt.

## 2. Der Effizienzvergleich

Verstärkt wird dieser investitionsfördernde Effekt dadurch, dass dauerhaft nicht beeinflussbare Kosten i.S.d. § 11 Abs. 2 ARegV nicht in den Effizienzvergleich einbezogen werden, §§ 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 2 ARegV.<sup>123</sup> Seit der Abschaffung des t-2-Verzuges erfolgt keine Überprüfung der Investitionskosten unter Effizienzgesichtspunkten.<sup>124</sup> Die Kosten einer Investitionsmaßnahme haben daher keinen Einfluss auf den unternehmensindividuellen Effizienzwert und finden keine Berücksichtigung bei den jeweiligen Effizienzvorgaben, §§ 12 Abs. 2, 16 ARegV.<sup>125</sup> Insofern sind die Netzbetreiber nicht der Gefahr ausgesetzt, dass die BNetzA die Investitionskosten als ineffizient einstuft, was den Kapitalrückfluss verhindern würde.

Dieser Mechanismus ist gleichwohl nur für die Dauer der Genehmigung vorgesehen ist.<sup>126</sup> Nach Ablauf der Genehmigungszeit werden die Betriebs- und Kapitalkosten der Investitionsmaßnahme in den Normalmodus der ARegV überführt und fließen in das Ausgangsniveau zur Bestimmung der Erlösobergrenze nach § 6 Abs. 1 ARegV ein. Sie werden somit nachträglich auch dem Effizienzvergleich und den daraus resultierenden potentiellen Effizienzvorgaben unterworfen.<sup>127</sup>

Im Ergebnis besteht daher zwar Unsicherheit über die Refinanzierbarkeit der Kosten nach Genehmigungsablauf (sog. *asymmetrisches Investitionsrisiko*), das sich grundsätzlich

---

<sup>122</sup> Lüdtke-Handjery/Paust/Weyer/Holzengel/Schütz, § 23 ARegV Rn. 65.

<sup>123</sup> Weyer/Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 82 Rn. 62.

<sup>124</sup> Schuler, Investitionsmaßnahme, S. 253.

<sup>125</sup> Weyer/Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Kap. 82 Rn. 62.

<sup>126</sup> Albrecht/Herrmann/Kment EnR, § 21a EnWG Rn. 72; BNetzA, Leitfaden 2019, S. 8 f.

<sup>127</sup> Meinenbach/BerlKommEnR 1/2, § 21a EnWG Rn. 161.

investitionshemmend auswirkt.<sup>128</sup> Dem ist jedoch zu entgegnen, dass eine vollständige Amortisation von Kosten auch in einem funktionierenden Wettbewerb nicht gewährleistet werden kann. Die Regulierung der Netzzugangsentgelte verfolgt das Ziel der Herstellung von Wettbewerbsanalogie<sup>129</sup> und keine Besserstellung der Netzbetreiber. Der nachträgliche Übergang von Investitionskosten in den Normalmodus der ARegV entspricht dem Grundkonzept der Anreizregulierung. Diese bietet folglich keine umfassende Investitionssicherheit und gewährleistet gerade keine vollständige Refinanzierbarkeit.<sup>130</sup> Somit trägt das regulierte Unternehmen weiterhin die Risiken ineffizienter Investitionen, wie in einem vom Wettbewerb geprägten Markt. Die *ex-post* Effizienzkontrolle reizt die Netzbetreiber somit auch bei Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV zu effizienten Investitionen an.<sup>131</sup> Denn nur diese können über das Regelverfahren vollständig refinanziert werden.<sup>132</sup>

### 3. Genehmigungsdauer

So zeigt sich, dass der Genehmigungsdauer eine erhebliche Bedeutung bei der Wirkung des Fördermechanismus zukommt. Sowohl der t-0-Verzug als auch die Ausnahme von den Effizienzvorgaben beruhen auf der Einordnung der Investitionskosten und -erlöse als dauerhaft nicht beeinflussbar i.S.d. § 11 Abs. 2 ARegV. Nach Ablauf der Genehmigung kommt es zu einem Übergang in das Regelverfahren der ARegV – insbesondere werden die Kostenanteile der Investitionsmaßnahme nachträglich in den Effizienzvergleich eingebunden.<sup>133</sup>

#### a) Rechtmäßigkeit der Befristung

Bereits vor Einführung der expliziten gesetzlichen Regelung in § 23 Abs. 1 S. 4, 5 ARegV war es gängige Praxis der BNetzA, die Genehmigung von Investitionsmaßnahmen bis zum Ende der Regulierungsperiode zu befristen, in der das Investitionsprojekt fertiggestellt

---

<sup>128</sup> Schuler, Investitionsmaßnahme, S. 71; Strobel, DVBl. 2016, 543 (547).

<sup>129</sup> Siehe oben B. II. 1.

<sup>130</sup> Strobel, Investitionspflichten, S. 427.

<sup>131</sup> Vgl. Schuler, Investitionsmaßnahme, S. 253.

<sup>132</sup> Strobel, Investitionspflichten, S. 449.

<sup>133</sup> Siehe oben C. IV. 2.

wurde.<sup>134</sup> Die Befristung wurde in der Literatur vielfach kritisiert.<sup>135</sup> Ein Argument war, dass Kosten bereits getätigter Investitionen nachträglich nicht mehr beeinflussbar seien und Kostensenkungen mithin nicht mehr möglich wären. Eine Unterwerfung unter die Effizienzvorgaben widerspräche dem Grundsatz, die Anreizwirkung gelte lediglich für beeinflussbare Kostenanteile, § 21a Abs. 4 S. 1 EnWG.<sup>136</sup> Damit ist die grundsätzliche Frage angesprochen, auf welchen Zeitpunkt bei der Beurteilung der Beeinflussbarkeit abzustellen ist. Ist der Anfang einer Regulierungsperiode maßgeblich, könnten die zuvor bereits getätigten Investitionen objektiv nicht mehr beeinflussbar sein.<sup>137</sup> Abzustellen ist mit dem OLG Düsseldorf<sup>138</sup> jedoch auf die Beeinflussbarkeit durch den Netzbetreiber im Zeitpunkt der Vornahme der Investition. Anderenfalls würden die Netzbetreiber ein sehr geringes Investitionsrisiko tragen, da jegliche Kosten auf die Netznutzer überwältigt werden könnten.<sup>139</sup> Dies würde dem Wesen der Anreizregulierung zuwider laufen, wonach ein Durchreichen aller Kosten an die Netznutzer gerade nicht vorgesehen ist; die Kosten sind vielmehr grundsätzlich einer Effizienzkontrolle zu unterziehen, damit dem regulierten Unternehmen genügend Anreize zu Effizienzsteigerungen gesetzt werden.<sup>140</sup> Investitionen werden durch Entscheidungen des Netzbetreibers determiniert und sind im Zeitpunkt ihrer Entstehung von ihnen beeinflussbar.<sup>141</sup> Der Zweck der Anreizregulierung, die Netzbetreiber zu einem möglichst effizienten Leistungsverhalten zu motivieren, würde durch die pauschale Einordnung bereits getätigter Investitionskosten als dauerhaft nicht beeinflussbar konterkariert.<sup>142</sup> Denn ineffiziente hohe Investitionskosten würden bei dauerhafter Ausnahme von dem Effizienzvergleich zementiert, was den Vorgaben aus §§ 21 Abs. 2, 21a EnWG widerspricht und dem Grundgedanken der Anreizregulierung entgegenläuft.<sup>143</sup> Es ist daher, vielmehr geboten, alle Kosten, die unter Einflussnahme des Netzbetreibers entstanden und in diesem Zeitpunkt folglich beeinflussbar

---

<sup>134</sup> *BNetzA*, Leitfaden 2010, S. 11.

<sup>135</sup> Vgl. *Walther*, Regulierung der Elektrizitätsnetzentgelte, S. 62; *Balzer/Schönefuß*, RdE 2006, 213 (215); *Ruge*, ZNER 2006, 200 (207 f.); zu verfassungsrechtlichen Bedenken vgl. auch *Ruge/Schneider/Theobald* EnR, § 18 Rn. 57.

<sup>136</sup> *Walther*, Regulierung der Elektrizitätsnetzentgelte, S. 62; *Balzer/Schönefuß*, RdE 2006, 213 (215); *Ruge*, ZNER 2006, 200 (207 f.).

<sup>137</sup> *Schütz/Schreiber/Holzner/Schütz*, § 23 ARegV Rn. 160.

<sup>138</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.4.2011 – Az.: VI-3 Kart 276/09 (V) – N&R 2011, 147.

<sup>139</sup> *Pedell/Baur/Salje/Schmidt-Preuß*, Kap. 79 Rn. 39 f.

<sup>140</sup> Siehe oben B. II. 1.

<sup>141</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.4.2011 – Az.: VI-3 Kart 276/09 (V) – N&R 2011, 147 (149).

<sup>142</sup> *Schütz/Schreiber/Holzner/Schütz*, § 23 ARegV Rn. 161.

<sup>143</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.4.2011 – Az.: VI-3 Kart 276/09 (V) – N&R 2011, 147 (149).

waren, den Effizienzvorgaben zu unterwerfen.<sup>144</sup> Dadurch werden Anreize zu effizienten Investitionen gesetzt.<sup>145</sup>

In Folge des Beschlusses des OLG Düsseldorf kam es zu einer Einigung zwischen den Netzbetreibern und der BNetzA, um weitere rechtliche Auseinandersetzungen – insbesondere die Einlegung von Rechtsmitteln beim BGH gegen diesen Beschluss – zu vermeiden und ein höheres Maß an Investitionssicherheit zu schaffen.<sup>146</sup>

## b) Aktuelle Rechtslage

Durch Einführung von § 23 Abs. 1 S. 4, 5 ARegV zum 22.3.2019<sup>147</sup> hat der Verordnungsgeber diese Problematik aufgefasst und eine explizite rechtliche Grundlage für die Befristung geschaffen. Nach § 23 Abs. 1 S. 4 ARegV ist die Genehmigung bis zum Ende derjenigen Regulierungsperiode zu befristen, in der ein Antrag gestellt worden ist. Wird ein Antrag zur Genehmigung einer Investitionsmaßnahme nach dem Basisjahr für die folgende Regulierungsperiode gestellt, so ist die Genehmigung gem. § 23 Abs. 1 S. 5 ARegV bis zum Ende dieser folgenden Regulierungsperiode zu befristen. Nach Ablauf der Frist erlischt die Genehmigung und die Kosten können nicht mehr als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile an die Netznutzer durchgereicht werden.<sup>148</sup> Der Effekt des t-0-Verzuges sowie die Ausnahme von den Effizienzvorgaben sind folglich eng mit der Länge der Regulierungsperiode verknüpft: Je länger die Regulierungsperiode, desto höher sind die von den Netzbetreibern einzunehmenden Gewinne aufgrund der Erhöhung der Erlösbergrenze.<sup>149</sup> Dies hat investitionsfördernde Wirkung. Dem steht das Ziel der Anreizregulierung gegenüber, Ineffizienzen durch das Ausnutzen von Kostensenkungspotenzialen abzubauen, um dies in Form niedriger Entgelte an die Netznutzer und letztlich an die Endverbraucher weiterzugeben.<sup>150</sup> Dieses im § 1 EnWG angelegte und die Anreizregulierung überformende Spannungsverhältnis zwischen den verschiedenen energiepolitischen Zielen wurde über die Befristung der Genehmigung aufgelöst.<sup>151</sup>

<sup>144</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.4.2011 – Az.: VI-3 Kart 276/09 (V) – N&R 2011, 147 (149).

<sup>145</sup> vgl. auch *Schütz/Schreiber/Holznagel/Schütz*, § 23 ARegV Rn. 161; *Schuler*, Investitionsmaßnahme, S. 265.

<sup>146</sup> *BNetzA*, Pressemitteilung v. 24.2.2012; *Lüdtke-Handjery/Paust/Weyer/Holznagel/Schütz*, § 23 ARegV Rn. 146 ff.; *Groebel/Britz/Hellermann/Hermes*, § 21a EnWG Rn. 93.

<sup>147</sup> Zur Änderung der ARegV zum 14.3.2019 vgl. BGBl. I 2019, S. 333.

<sup>148</sup> *Albrecht/Herrmann/Kment* EnR, § 21a EnWG Rn. 72.

<sup>149</sup> *Groebel/Horstmann/Holznagel/Schütz*, Einf. Rn. 124; *Schütz/Schreiber/Holznagel/Schütz*, § 21a EnWG Rn. 138; *Mohr*, RdE 2017, 273 (280).

<sup>150</sup> Siehe oben B. II. 1.

<sup>151</sup> *BNetzA*, Leitfaden 2019, S. 8 f.

### c) Kritik in Bezug auf den Fördermechanismus

Wie dargestellt ist die Befristung der Genehmigungsdauer mit Blick auf die allgemeinen Ziele der Anreizregulierung grundsätzlich geboten. Dennoch wirkt sie sich nachteilig auf die mit § 23 ARegV verfolgten Investitionsanreize aus. Im Verhältnis zu der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer von Investitionsanlagen, die bis zu 50 Jahre betragen kann (vgl. Anlage 1 zu § 6 Abs. 5 StromNEV bzw. GasNEV), ist insbesondere der Zeitraum der Genehmigung knapp bemessen.<sup>152</sup> Dadurch wird lediglich ein Bruchteil der Investitionskosten und der mit dem t-0-Verzug angeregten Investitionsrendite den Effizienzvorgaben entzogen.<sup>153</sup> Die Folge ist ein stark verkürzter Fördermechanismus für Investitionen, denn höhere Gewinne über bloß wenige Jahre setzen im Vergleich zu dem Refinanzierungsrisiko keinen effektiven Anreiz für Netzbetreiber.<sup>154</sup> Zwar führt dies im Ergebnis zu geringen Netzzugangsentgelten und kommt letztlich den Endverbrauchern zugute.<sup>155</sup> Langfristige Investitionen werden dadurch hingegen nicht gefördert.<sup>156</sup> Vor dem Hintergrund der enormen Herausforderungen für ÜNB und FLNB in Bezug auf den durch die Energiewende erforderlichen Netzausbau stellt sich die Frage, ob die geringeren Strom- und Gaspreise die negativen Auswirkungen auf den Fördermechanismus überwiegen können – zumal die Netzentgelte lediglich einen Teil der Energiepreise ausmachen und die Anreizregulierung als solche daher schon als Instrument zur Senkung der Energiepreise nicht zu überschätzen ist.<sup>157</sup> Vor diesem Hintergrund ist es umso fragwürdiger, warum sich der Verordnungsgeber mit der Einführung des § 23 Abs. 1 S. 4, 5 ARegV dazu entschieden hat, die vom OLG Düsseldorf bestätigte Genehmigungspraxis der BNetzA noch zu verschärfen. Wurde die Investitionsmaßnahme von der BNetzA bisher bis zum Ende derjenigen Regulierungsperiode befristet, in der die Investition tatsächlich fertiggestellt wurde,<sup>158</sup> wird sie nun nur noch bis zum Ende derjenigen Regulierungsperiode, in der der Antrag gestellt wurde bzw. maximal bis zum Ende der folgenden Regulierungsperiode erteilt. Der Verordnungsgeber begründete diesen Schritt damit, die regulierten Unternehmen so zur schnelleren Umsetzung von Investitionen anzuhalten.<sup>159</sup> Die Änderungs begründung führt weiter aus, dass die

---

<sup>152</sup> *Lüdtke-Handjery/Paust/Weyer/Holzengel/Schütz*, § 23 ARegV Rn. 92.

<sup>153</sup> *Schendel*, IR 2011, 242 (245).

<sup>154</sup> *Schendel*, IR 2011, 242 (245).

<sup>155</sup> Vgl. *Schuler*, Investitionsmaßnahme, S. 278.

<sup>156</sup> So *Mohr*, RdE 2017, 273 (280).

<sup>157</sup> *Monopolkommission*, Sondergutachten 54, 2009, Rn. 290.

<sup>158</sup> *BNetzA*, Leitfaden 2010, S. 11.

<sup>159</sup> BR-Drs. 13/19, S. 22.

Investitionsmaßnahme nach § 23 ARegV eine Ausnahme zum Budgetprinzip, also der periodischen Entkoppelung der Kosten von den Erlösen darstellt und als solche in seiner Anwendung auf das Mindestmaß begrenzt werden sollte.<sup>160</sup> Diese rechtsmethodisch nachvollziehbare Annahme verkennt dabei die Bedeutung der Investitionsmaßnahme für die Investitionstätigkeit der ÜNB und FLNB. Diesen steht kein anderes Instrument zur Absicherung ihrer Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen zur Verfügung. Für ein investitionsfreundliches Klima ist es notwendig, attraktive Refinanzierungsbedingungen zu schaffen. Eine restriktive Anwendung der Investitionsmaßnahme hat dabei den gegenteiligen Effekt und zeigt den fehlenden Willen des Ordnungsgebers, die Netzbetreiber bei ihren besonderen Aufgaben zu unterstützen – zumindest wird dadurch das ausgerufene Ziel des Netzausbaus für die Energiewende konterkariert. Insofern bleibt jedenfalls unklar, warum sich der Ordnungsgeber einerseits zur Einführung des t-0-Verzuges entschieden hat, um deren investitionsfördernde Wirkung andererseits durch eine Verkürzung der Befristung wieder zu reduzieren. Deutlich sein sollte in jedem Fall, dass eine freiverantwortliche Entscheidung der Netzbetreiber zur Vornahme der Investitionen außerhalb der Investitionsmaßnahme nach § 23 ARegV aufgrund der besonderen Kapitalintensität in Verbindung mit der ungewissen und vor allem zeitverzögerten Refinanzierungsmöglichkeiten im Regelmodus der ARegV nicht zu erwarten ist.

## **V. Abzugsposten, § 23 Abs. 2a ARegV**

### **1. Allgemeines**

Zeitgleich mit der Abschaffung des zweijährigen Zweitversatzes beim Refinanzierungsbeginn von Investitionen und der Umstellung auf den t-0-Verzug wurde der Abzugsbetrag nach § 23 Abs. 2a ARegV eingeführt.<sup>161</sup> Gem. § 23 Abs. 2a S. 1 ARegV sind die in den letzten drei Jahren der Genehmigungsdauer der Investitionsmaßnahme entstandenen Betriebs- und Kapitalkosten als Abzugsbetrag zu berücksichtigen, sofern sie sowohl im Rahmen der Investitionsmaßnahme als auch in der Erlösobergrenze der folgenden Regulierungsperiode nach § 4 Abs. 1 ARegV berücksichtigt werden. Diese so ermittelten Kosten sind zunächst aufzuzinsen und im Anschluss an das erste Jahr nach Ablauf der

---

<sup>160</sup> BR-Drs. 13/19, S. 22.

<sup>161</sup> Zur Änderung der ARegV zum 14.3.2012 BGBl. I 2012, S. 489.

Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 36-72, mai. 2022.

Genehmigungsdauer gleichmäßig über 20 Jahre in Abzug zu bringen, § 23 Abs. 2a S. 2, 4 ARegV.<sup>162</sup>

Die Einführung dieses Abzugsbetrages stützt sich darauf, dass eine zweifache Berücksichtigung der Betriebs- und Kapitalkosten verhindert werden, die Kosten mithin nicht mehrfach in der Erlösobergrenze abgebildet werden sollen.<sup>163</sup> Hintergrund ist, dass durch die Umstellung auf den t-0-Verzug eine unmittelbare Erhöhung der Erlösobergrenze aufgrund der Änderung dauerhaft nicht beeinflussbarer Kostenanteile erfolgt, § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Teils. 3 i.V.m. § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 ARegV. Der Ordnungsgeber sah dabei die Gefahr einer doppelten Berücksichtigung der Kosten aus der genehmigten Investitionsmaßnahme.<sup>164</sup> Die Genehmigung einer Investitionsmaßnahme hat nämlich zur Folge, dass die Erlösobergrenze von den Netzbetreibern selbstständig und ohne Zeitverzug für das Jahr angepasst werden können, in denen die Kosten erstmalig anfallen, also kostenwirksam werden.<sup>165</sup> Tritt die Kostenwirksamkeit nun spätestens im Basisjahr der folgenden Regulierungsperiode ein, fließen die Kosten der letzten drei Jahre der laufenden Regulierungsperiode – die bereits unmittelbar in der Erlösobergrenze abgebildet werden – gleichzeitig in die Berechnung der Erlösobergrenze für die folgende Regulierungsperiode ein.<sup>166</sup> Denn für die Berechnung der Erlösobergrenze der folgenden Regulierungsperiode sind die Betriebs- und Kapitalkosten maßgeblich, die im Basisjahr bestehen. Daraus ergeben sich also diejenigen Betriebs- und Kapitalkosten, die in der folgenden Regulierungsperiode voraussichtlich anfallen und dem Kostenausgangsniveau zugrunde gelegt werden.<sup>167</sup> Das Basisjahr ist dabei, vorausgesetzt das Geschäftsjahr deckt sich mit dem Kalenderjahr, das drittletzte Kalenderjahr vor Beginn der nächsten Regulierungsperiode  $RP_2$ , § 6 Abs. 1 ARegV. Bei einer fünfjährigen Regulierungsperiode ist das Basisjahr der folgenden Regulierungsperiode mit anderen Worten regelmäßig das dritte Jahr der laufenden Regulierungsperiode ( $t_{3, RP_1}$ ).<sup>168</sup> Fallen die Kosten der Investitionsmaßnahme nun bereits in diesem Basisjahr  $t_{3, RP_1}$  an, so werden die jährlichen Kostenscheiben der letzten drei Jahre der laufenden Regulierungsperiode (also Jahre  $t_{3-5, RP_1}$ ) bei der Bestimmung der Erlösobergrenze für die nächste Regulierungsperiode berücksichtigt.<sup>169</sup> Somit kommt es zu einer doppelten Berücksichtigung der Kosten: Zunächst erhöhen sie die

<sup>162</sup> BNetzA, Leitfaden 2019, S. 6; Lüdtker-Handjery/Paust/Weyer/Holzner/Schütz, § 23 ARegV Rn. 138.

<sup>163</sup> BR-Drs. 860/11, S. 9; Albrecht/Herrmann/Kment EnR, § 21a EnWG Rn. 74.

<sup>164</sup> BR-Drs. 860/11, S. 9.

<sup>165</sup> Siehe oben C. IV. 1. b).

<sup>166</sup> Meinenbach/BerlKommEnR 3/2, § 21a EnWG Rn. 162.

<sup>167</sup> Meinenbach/BerlKommEnR 3/2, § 21a EnWG Rn. 162.

<sup>168</sup> Siehe oben B. II. 1.

<sup>169</sup> Schuler, Investitionsmaßnahme, S. 209 f.

Erlösobergrenze als Kosten der genehmigten Investitionsmaßnahme nach § 23 ARegV bis zum Ende des Genehmigungszeitraums, also bis zum Ende der laufenden Regulierungsperiode. Nach Ablauf der Befristung fließen dieselben Kosten nach dem Regelverfahren der ARegV in die Erlösobergrenze der folgenden Regulierungsperiode ein, § 4 Abs. 1 ARegV.<sup>170</sup> Der Zeitraum, in dem die Kosten in die Erlösobergrenze einfließen, ist somit in der Regel drei Jahre länger als die tatsächliche Abschreibungs- oder Nutzungsdauer der Investitionsanlage.<sup>171</sup> Es entstehen folglich zusätzliche Erlöse in den Jahren  $t_{1-5, RP 2}$ .<sup>172</sup> Folge sind höhere Netzentgelte für die Netznutzer, die somit Teile der Investitionsmaßnahme mehrfach finanzieren. Diese Mehrfachfinanzierung soll jedoch nach Ansicht des Ordnungsgebers gerade verhindert werden.<sup>173</sup> Aus diesem Grund ordnet § 23 Abs. 2a ARegV an, dass diese Kosten als Abzugsbetrag zu berücksichtigen sind. Da die aus der Auflösung des Abzugsbetrages entstehenden Kosten (und Erlöse) nach § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6a ARegV als dauerhaft nicht beeinflussbare Kostenanteile gelten, wird die Erlösobergrenze gemindert, wodurch niedrigere Netzentgelte für die Netznutzer erreicht werden.<sup>174</sup>

Hier zeigt sich der wesentliche Gedanke, dass beim Übergang der Investitionsmaßnahme in das Regelverfahren der ARegV eine – ungerechtfertigte – mehrfache Berücksichtigung ausgeschlossen werden soll, was die Einführung des § 23 Abs. 2a ARegV aus Sicht des Ordnungsgebers notwendig machte.<sup>175</sup>

## 2. Rechtmäßigkeit

Die Problematik der doppelten Berücksichtigung von im Rahmen einer Investitionsmaßnahme entstehenden Kosten bestand bereits vor Abschaffung des t-2-Verzuges. Ein Abzugsbetrag war gleichwohl nicht vorgesehen, sodass nach dem bisher Gesagten eine Mehrfachfinanzierung zumindest von Teilen der Investitionsmaßnahme möglich war. Das von Netzbetreiberseite gegen den Abzugsbetrag angestrebte Beschwerdeverfahren<sup>176</sup> blieb indes erfolglos.<sup>177</sup> Insbesondere das Argument, der Ordnungsgeber wolle mit der Umstellung auf den t-0-Verzug positive Investitionsanreize setzen, die mit dem Abzugsbetrag konterkariert

---

<sup>170</sup> F.-P. Hansen/BerlKommEnR 3/2, § 23 ARegV Rn. 58.

<sup>171</sup> So BGH, Beschl. v. 14.7.2015 – EnVR 6/14, RdE 2015, 463 (464) – Rn. 21.

<sup>172</sup> BGH, Beschl. v. 14.7.2015 – EnVR 6/14, RdE 2015, 463 (464) – Rn. 21.

<sup>173</sup> BR-Drs. 860/11, S. 9.

<sup>174</sup> Lüdtker-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz, § 23 ARegV Rn. 139.

<sup>175</sup> BGH, Beschl. v. 14.7.2015 – EnVR 6/14, RdE 2015, 463 (465) – Rn. 25; BR-Drs. 860/11, S. 9.

<sup>176</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.12.2013 – Az.: VI-3 Kart 249/12 (V), BeckRS 2015, 14351.

<sup>177</sup> Meinzenbach/BerlKommEnR 1/2, § 21a EnWG Rn. 162.

würden, verfiel nicht.<sup>178</sup> Nach Ansicht des Senats würden die durch den t-0-Verzug geschaffenen Liquiditätsvorteile die potentiellen Nachteile eines Abzugsbetrages nach § 23 Abs. 2a ARegV überwiegen.<sup>179</sup> Der BGH bestätigte die vorinstanzliche Entscheidung des OLG Düsseldorf.<sup>180</sup> Der Abzugsbetrag nach § 23 Abs. 2a ARegV sei rechtmäßig und immer dann anzuwenden, wenn eine Doppelanerkennung wie im oben beschriebenen Fall möglich ist.<sup>181</sup> Beizupflichten ist dem BGH jedenfalls insoweit, als dass das Argument, der Verordnungsgeber wollte keine nachteilige Regelung für die Netzbetreiber schaffen, nicht verfangen kann.<sup>182</sup> Vielmehr ergibt sich bereits aus der Verordnungsbegründung, dass eine doppelte Anerkennung von Kosten genehmigter Investitionsmaßnahmen gerade verhindert werden sollte.<sup>183</sup> Auch dass diese Problematik bereits nach der alten Rechtslage bekannt war, vermag an der Rechtmäßigkeit nicht zu ändern. Denn wesentlicher Unterschied ist, dass es bis 2012 aufgrund des zweijährigen Verzugs bei der Kostenanerkennung nicht zu der oben dargestellten Doppelberücksichtigung von drei jährlichen Kostenscheiben kam, sondern lediglich die Kosten eines Jahres sowohl in der jährlichen Anpassung der Erlösobergrenze als auch im Ausgangsniveau für die Berechnung der Erlösobergrenze für die folgende Regulierungsperiode Berücksichtigung fand. Der Verordnungsgeber nahm die Verdreifachung des Zeitraums, für den Kosten doppelt zu berücksichtigen sind, offensichtlich zum Anlass, einen Abzugsbetrag einzuführen.<sup>184</sup>

### 3. Kritik

Auch wenn nach alledem von der Rechtmäßigkeit des § 23 Abs. 2a ARegV auszugehen ist,<sup>185</sup> hat der Abzugsbetrag enorme Folgen für den Fördermechanismus, der insbesondere durch den t-0-Verzug verstärkt werden sollte. Durch die gleichmäßige Auflösung des Abzugsbetrags über 20 Jahre ist zwar von keiner übermäßigen Belastung der Netzbetreiber durch die in Abzug zu bringenden Kosten auszugehen.<sup>186</sup> Dennoch führt der Abzugsbetrag zu einer wesentlichen Verkürzung der Vorteile, die mit dem t-0-Verzug einhergehen. Freilich

---

<sup>178</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.12.2013 – Az.: VI-3 Kart 249/12 (V), BeckRS 2015, 14351, Rn. 42.

<sup>179</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.12.2013 – Az.: VI-3 Kart 249/12 (V), BeckRS 2015, 14351, Rn. 42.

<sup>180</sup> BGH, Beschl. v. 14.7.2015 – EnVR 6/14, RdE 2015, 463.

<sup>181</sup> BGH, Beschl. v. 14.7.2015 – EnVR 6/14, RdE 2015, 463 (464) – Rn. 13.

<sup>182</sup> BGH, Beschl. v. 14.7.2015 – EnVR 6/14, RdE 2015, 463 (465) – Rn. 25.

<sup>183</sup> BR-Drs. 860/11, S. 9.

<sup>184</sup> So BGH, Beschl. v. 14.7.2015 – EnVR 6/14, RdE 2015, 463 (465) – Rn. 25.

<sup>185</sup> a.A. Schuler, Investitionsmaßnahme, S. 214 ff., der den Abzugsbetrag wegen Verstoßes gegen die Erfüllbarkeitsgarantie als rechtswidrig erachtet.

<sup>186</sup> F.-P. Hansen/BerlKommEnR 3/2, § 23 ARegV Rn. 60.

bleibt den Netzbetreibern die unmittelbare Erhöhung der Erlösobergrenze erhalten, die zu einer Reduzierung von Liquiditätsengpässen im Vergleich zum t-2-Verzug führt.<sup>187</sup> Da es den Abzugsbetrag beim t-2-Verzug jedoch nicht gab, unterliegen die zusätzlich eingestrichenen Mittel langfristig gesehen einer wesentlichen Reduktion. Werden mehrere Vorhaben über die Investitionsmaßnahme finanziert, verstärkt sich der reduzierende Effekt, der zu Fehlbeträgen des Netzbetreibers führen kann.<sup>188</sup> Dies verwundert, hat der Verordnungsgeber doch bei der Umstellung auf den t-0-Verzug klar postuliert, dass ÜNB und FLNB bei ihren besonderen Aufgaben des Netzausbaus unterstützt werden sollen.<sup>189</sup> Auch wenn das Ziel erreicht wurde, die aufgrund des t-2-Verzuges entstandene und als nachteilig empfundene Liquiditätslücke zu beseitigen, bedeutet dies nicht, dass die Netzbetreiber dadurch bei Erfüllung ihrer besonderen Aufgaben auch die benötigte Unterstützung erhalten. Denn der Netzausbau ist gerade ein langfristiges Ziel, das nur über einen konsistenten und vor allem investitionsfördernden Rechtsrahmen erreicht werden kann. Die erforderlichen Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen sind dabei zum einen besonders kapitalintensiv. Zum anderen ist es notwendig, dass die Netzbetreiber möglichst viele Investitionen durchführen.<sup>190</sup> Der kurzfristige Renditeeffekt der sofortigen Kapitalrückführung durch die unmittelbare Erhöhung der Erlösobergrenze vermag die negativen Folgen auf lange Sicht nicht auszugleichen.<sup>191</sup> Die Neuregelung des t-0-Verzuges hat damit einen bloß begrenzten Einfluss auf die Liquidität der Netzbetreiber.<sup>192</sup> Es drängt sich mithin die Frage nach dem Sinn der Abschaffung des t-2-Verzuges auf. Wenn der Verordnungsgeber mit der Umstellung auf t-0 das Ziel verfolgt hat, die Investitionstätigkeit der regulierten Unternehmen durch entsprechende Investitionsanreize zu erhöhen, verhält er sich durch die gleichzeitige Einführung des Abzugsbetrags zumindest widersprüchlich. Durch diesen wird nur erreicht, dass die durch den t-0-Verzug erreichte Erlöswirksamkeit nicht mehr im Verhältnis zu der faktischen Kostenwirksamkeit der Investitionsanlagen steht. Zwar wird dieser Effekt durch die Auflösung des Abzugsbetrages über 20 Jahre gemildert. Dennoch erfährt der Fördermechanismus des § 23 ARegV eine massive Entwertung, die durch die Verkürzung der Genehmigungsdauer noch verstärkt wird.<sup>193</sup> Die eingangs durch den Verordnungsgeber geschaffenen investitionsfördernden

---

<sup>187</sup> Siehe oben C. IV. 1. b).

<sup>188</sup> So auch *Schuler*, Investitionsmaßnahme, S. 215.

<sup>189</sup> BR-Drs. 860/11, S. 5.

<sup>190</sup> Siehe oben B. II. 2. a).

<sup>191</sup> Rechenbeispiel siehe bei *Schuler*, Investitionsmaßnahme, S. 211 ff.

<sup>192</sup> *Meinzenbach/BerlKommEnR* 1/2, § 21a EnWG Rn. 70; im Ansatz so auch BGH, Beschl. v. 14.7.2015 – EnVR 6/14, RdE 2015, 463 (465) – Rn. 26.

<sup>193</sup> Siehe oben C. IV. 3. c).

Instrumente werden durch die besonders restriktive Anwendung der Investitionsmaßnahme ausgehöhlt und zum Teil egalisiert.

Trotzdem bleibt festzuhalten, dass die Investitionsbedingungen des § 23 ARegV im Vergleich zum Regelverfahren der ARegV insgesamt positiver zu bewerten sind. Die BNetzA schätzt die Refinanzierungsbedingungen daher noch immer als sehr gut ein.<sup>194</sup> Aus Sicht des vom § 23 ARegV ausgehenden Fördermechanismus kann dieser Einschätzung jedoch nur bedingt zugestimmt werden. Denn dem Verordnungsgeber wäre es ohne besondere Schwierigkeiten möglich, die Investitionsbedingungen noch wesentlich attraktiver zu gestalten. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass staatlich veranlasste Preisbestandteile mehr als die Hälfte der Strom- und Gaspreise ausmachen und diejenigen der Netzentgelte weit übersteigen,<sup>195</sup> würde eine weitere Verbesserung der Investitionsbedingungen die nachteiligen Auswirkungen auf die Netzentgelte überwiegen.

Angesichts der Notwendigkeit zum Ausbau der Netze ist in jedem Fall zu konstatieren, dass das mit § 23 ARegV verfolgte energiepolitische Ziel nur in stark eingeschränktem Maße erreicht werden kann.

#### **D. Systematische Besonderheit**

Nach der in dieser Arbeit dargestellten Funktionsweise der Investitionsmaßnahme wird klar, dass diese einen Fremdkörper im allgemeinen System der Anreizregulierung darstellt. Denn mit der Anreizregulierung wird insbesondere der Abbau von Ineffizienzen verfolgt, um niedrigere Netzzugangsentgelte zu erreichen; Investitionsanreize sind dem Regelverfahren der ARegV grundsätzlich fremd.<sup>196</sup> Die Ausnahme der Investitionskosten und -erlöse von den Effizienzvorgaben steht somit in direktem Widerspruch zu den verfolgten Effizienzsteigerungen; die unmittelbare Abbildung der Plankosten in der Erlösobergrenze steht der Entkoppelung der Kosten von den Erlösen entgegen. Die Investitionsmaßnahme stellt somit eine systematische Besonderheit im System der Anreizregulierung dar.<sup>197</sup> Diese zeigt sich auch darin, dass die Netzbetreiber die Erlösobergrenze in Eigenregie erhöhen können und nicht auf eine Genehmigung der BNetzA angewiesen sind – es ist lediglich eine Mitteilung i.S.d. § 28 ARegV erforderlich.

---

<sup>194</sup> BNetzA, Monitoringbericht 2020, S. 126.

<sup>195</sup> BNetzA, Monitoringbericht 2020, S. 157, 291, 381.

<sup>196</sup> Schuler, Investitionsmaßnahme, S. 238; Hardach, Anreizregulierung, S. 237.

<sup>197</sup> Lüdtke-Handjery/Paust/Weyer/Holznapel/Schütz, § 23 ARegV Rn. 90; Hardach, Anreizregulierung, S. 237.

Die auch vom Ordnungsgeber erkannte Sonderstellung der Investitionsmaßnahme<sup>198</sup> findet ihre Rechtfertigung in den positiven Investitionsanreizen, die für den Erfolg der Energiewende eine wesentliche Rolle spielen. Gleichzeitig wird die Ausnahmestellung der Vorschrift durch die dargestellten investitionshemmenden Effekte relativiert, sodass es zu keiner vollständigen Abkehr der durch die Anreizregulierung aufgestellten Grundsätze kommt. Durch den schnellen Übergang der Investitionsmaßnahme in das Regelverfahren der ARegV werden auch die Kosten und Erlöse den Effizienzvorgaben unterworfen. Insofern ist der systematischen Ausnahmestellung keine zu große Bedeutung beizumessen.

## E. Fazit

Die Investitionsmaßnahme nach § 23 ARegV stellt für die ÜNB und FLNB ein enorm wichtiges Instrument für ihre Investitionstätigkeit dar. Die im Wesen der Anreizregulierung enthaltenen investitionshemmenden Auswirkungen werden durch § 23 ARegV zumindest teilweise wieder ausgeglichen. Insbesondere durch den t-0-Verzug hat der Fördermechanismus eine wesentliche Verstärkung erfahren. Gerade bei den besonders kapitalintensiven Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen war es mit Blick auf die Investitionsanreize unverzichtbar, die zeitliche Verzögerung beim Refinanzierungsbeginn zu beseitigen und so die zusätzliche Belastung der Netzbetreiber zu reduzieren, die mit der durch die zeitliche Verzögerung entstandenen Zinslücke einherging. Diese guten und wichtigen Ansätze hat der Ordnungsgeber allerdings zumindest teilweise durch die Verkürzung der Genehmigungsdauer und Einführung des Abzugsbetrags wieder untergraben. Wegen des kürzeren Genehmigungszeitraums wird lediglich ein kleiner Teil der Betriebs- und Kapitalkosten eines Investitionsprojektes von den Effizienzvorgaben ausgenommen. Durch den Abzugsbetrag nach § 23 Abs. 2a ARegV wird den Netzbetreibern des Weiteren die Aussicht auf die attraktive Refinanzierung langfristiger Investitionen genommen. Auch wenn es zunächst nachvollziehbar erscheint, eine Mehrfachfinanzierung von Teilen der Investition durch die Netznutzer vermeiden zu wollen, birgt diese Regelung das Potential, die Vornahme von denjenigen langfristigen Investitionen zu verhindern, die für den Netzausbau wesentlich sind. Hierin wird das energiepolitische Spannungsverhältnis, in dem sich die Investitionsmaßnahme bewegt, besonders deutlich. Der Ordnungsgeber hat sich insoweit für die restriktive

---

<sup>198</sup> Vgl. BR-Drs. 13/19, S. 22.

Anwendung des § 23 ARegV entschieden und somit dem Ziel einer preisgünstigen und effizienten Energieversorgung den Vorzug gegeben. Dies hält zwar einer rechtlichen Überprüfung stand, ist jedoch mit Blick auf den Fördermechanismus des § 23 ARegV kritisch zu beurteilen und nicht in jedem Fall nachvollziehbar, insbesondere vor dem Hintergrund, dass staatlich veranlasste Preisbestandteile den Großteil der Energiepreise ausmachen. Dies beinhaltet die Gefahr, dass im Ergebnis weder das Ziel geringerer Energiepreise noch erhöhter Investitionsanreize erreicht werden können. Auch wenn die Investitionsmaßnahme nach § 23 ARegV den Netzbetreibern im Vergleich zum Regelverfahren bzw. t-2-Verzug attraktivere Investitionsbedingungen bieten kann, bleibt abzuwarten, ob dies trotz der teilweise investitionshemmenden Ausgestaltung für die Entfaltung der gewünschten Effekte ausreichend sein wird.

## Literaturverzeichnis

- Agne, Sören / Finger, Hendrik / Hoffjan, Andreas / Ufer, Heinz-Werner* Erlöswirksamkeit von Netzinvestitionen in der Anreizregulierung: Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV; in: *Energiewirtschaftliche Tagesfragen (et)* 2012, Heft 11, S. 64-68.  
*Zitiert: Agne/Finger/Hoffjan/Ufer, et 11/2012, 64.*
- Balzer, Miriam / Schönefuß, Stephan* Erste rechtliche Bewertung des Endberichts der BNetzA zur Anreizregulierung nach § 112a EnWG; in: *Recht der Energiewirtschaft (RdE)* 2006, S. 213-217.  
*Zitiert: Balzer/Schönefuß, RdE 2006, 213.*
- Baur, Jürgen / Salje, Peter / Schmidt-Preuß, Matthias* *Regulierung in der Energiewirtschaft*, 2. Auflage, Köln 2016.  
*Zitiert: Bearbeiter/Baur/Salje/Schmidt-Preuß.*
- Berndt, Andrea* Die Anreizregulierung in den Netzwirtschaften: Eine sektorübergreifende Untersuchung der Netzwirtschaften Energie, Telekommunikation und Eisenbahn, Baden-Baden 2011.  
*Zitiert: Berndt, Anreizregulierung.*
- Booz, Marco* Der regulatorische Rahmen für Verteilernetzbetreiber im Lichte der ARegV-Novelle 2016; in: *Recht der Energiewirtschaft (RdE)* 2018, S. 63-71.  
*Zitiert: Booz, RdE 2018, 63.*
- Britz, Gabriele / Hellermann, Johannes* *Energiewirtschaftsgesetz, Kommentar*. 3. Auflage, München 2015.  
*Zitiert: Bearbeiter/Britz/Hellermann/Hermes.*
- Hermes, Georg* *Strategisches Verhalten in der Regulierung*, Tübingen 2010.  
*Zitiert: Broemel, Regulierung.*
- Brüning, Christoph* Das Öffentliche Preisrecht als Basisregel für "gerechte" Preise bei Marktversagen und -ausfall und für Kostenerstattungen; in: *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.)* 2016, S. 1349-1353.  
*Zitiert: Brüning, DVBl. 2016, 1349.*
- Büdenbender, Ulrich* Das deutsche Energierecht nach der Energierechtsreform 2005; in: *Energiewirtschaftliche Tagesfragen (et)* 2005, Heft 9, S. 642-655.  
*Zitiert: Büdenbender, et 9/2005, 642.*

- Bundesnetzagentur für Elektrizität, Telekommunikation, und Eisenbahn* für Bericht der Bundesnetzagentur nach § 112a EnWG zur Einführung der Anreizregulierung nach § 21a EnWG; Stand: 30.6.2006.  
*Zitiert: BNetzA, Bericht nach § 112a EnWG.*
- Bundesnetzagentur für Elektrizität, Telekommunikation, und Eisenbahn* für Bundesnetzagentur und Netzbetreiber einigen sich bei Investitionsbudgets, Pressemitteilung, 24.2.2012.  
*Zitiert: BNetzA, Pressemitteilung v. 24.2.2012.*
- Bundesnetzagentur für Elektrizität, Telekommunikation, und Eisenbahn* für Leitfaden zu Investitionsbudgets nach § 23 ARegV; Stand: 2010.  
*Zitiert: BNetzA, Leitfaden 2010.*
- Bundesnetzagentur für Elektrizität, Telekommunikation, und Eisenbahn* für Leitfaden zu Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV; Stand: 2019.  
*Zitiert: BNetzA, Leitfaden 2019.*
- Bundesnetzagentur für Elektrizität, Telekommunikation, und Eisenbahn* für Monitoringbericht 2020: Monitoringbericht gemäß § 63 Abs. 3 i.V.m. § 35 EnWG und § 48 Abs. 3 i.V.m. § 53 Abs. 3 GWB; Stand: 1.3.2021.  
*Zitiert: BNetzA, Monitoringbericht 2020.*
- Bundeskartellamt*
- Burgi, Martin* Das subjektive Recht im Energieregulierungsverwaltungsrecht; in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 2006, S. 269-277.  
*Zitiert: Burgi, DVBl. 2006, 269.*
- ders.* Regulierung, Investitionsfreiheit und technischer Fortschritt; in: Schmidt-Preuß, Matthias / Körber, Torsten (Hrsg.), Regulierung und Gemeinwohl, S. 143-175, Baden-Baden 2016.  
*Zitiert: Burgi, Regulierung, Investitionsfreiheit und technischer Fortschritt, 143.*
- Dauses, Manfred / Ludwigs, Markus* / Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 51. EL, München Oktober 2020.  
*Zitiert: Bearbeiter/Dauses/Ludwigs, HdB EU-WirtR.*

- Europäische Kommission* Mitteilung der Kommission: EUROPA 2020: Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, KOM(2010) 2020 endgültig, 3.3.2010.  
*Zitiert: Kommission, Europa 2020, KOM(2010) 2020 endg.*
- Fehling, Michael / Ruffert, Matthias* Regulierungsrecht, Tübingen 2010.  
*Zitiert: Bearbeiter/Fehling/Ruffert.*
- Gersemann, Dieter* Novellierte Anreizregulierungsverordnung 2016; in: Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft (EnWZ) 2016, S. 531-536.  
*Zitiert: Gersemann, EnWZ 2016, 531.*
- Grün, Philipp* Kosten in der Entgeltregulierung von Stromnetzen, Baden-Baden 2018.  
*Zitiert: Grün, Entgeltregulierung.*
- Hardach, Felix* Die Anreizregulierung der Energieversorgungsnetze, Baden-Baden 2010.  
*Zitiert: Hardach, Anreizregulierung.*
- Henneke, Hans-Günter / Ritgen, Klaus* Praxis der Kommunalverwaltung, Bd. D 3 Bund, Kommunales Energierecht, 3. Auflage, Wiesbaden 2015.  
*Zitiert: Bearbeiter/PdK-Bund, D 3.*
- Holznagel, Bernd / Schütz, Raimund* Anreizregulierungsrecht. Energie – Bahn. Kommentar, 2. Auflage, München 2019.  
*Zitiert: Bearbeiter/Holznagel/Schütz.*
- Klees, Andreas* Einführung in das Energiewirtschaftsrecht, Frankfurt am Main 2012.  
*Zitiert: Klees, EnWR.*
- Kment, Martin* Energiewirtschaftsgesetz, NomosKommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2019.  
*Zitiert: Bearbeiter/Kment EnR.*
- Korte, Klaas / Gawel, Erik* Anreizregulierung und Energiewende – eine Mesalliance?; in: InfrastrukturRecht (IR) 2013, S. 250-253.  
*Zitiert: Korte/Gawel, IR 2013, 250.*

- Kühling, Jürgen* / Energierecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2018.
- Rasbach, Winfried / Busch, Claudia*, Zitiert: *Kühling*, Energierecht.
- Markus, Ludwigs* Das Regulierungsermessen als Herausforderung für die Letztentscheidungsdogmatik im Verwaltungsrecht; in: JuristenZeitung (JZ) 2009, S. 290-297.  
Zitiert: *Ludwigs*, JZ 2009, 290.
- Meinzenbach, Jörg* Die Anreizregulierung als Instrument zur Regulierung von Netznutzungsentgelten im neuen EnWG: Eine Untersuchung der normativen Vorgaben des § 21a EnWG im System einer wettbewerbsfördernden Netzentgeltkontrolle, Baden-Baden 2008.  
Zitiert: *Meinzenbach*, Anreizregulierung als Instrument.
- Missling, Stephan* Das Regulierungskonto in der Anreizregulierung; in: InfrastrukturRecht (IR) 2010, S. 98-101.  
Zitiert: *Missling*, IR 2010, 98.
- Mohr, Jochen* Anreizregulierung und Innovation; in: Recht der Energiewirtschaft (RdE) 2017, S. 273-281.  
Zitiert: *Mohr*, RdE 2017, 273.
- ders.* Zugangs- und Entgeltregulierung als Aufgaben des Regulierungsrechts: Diskriminierungsfreiheit („Netzneutralität“), Angemessenheitskontrolle und Effizienz als Maßstäbe für die Ex-ante- und Ex-post-Missbrauchskontrolle im Regulierungs- und Wettbewerbsrecht (Art. 102 AEUV); in: Säcker, Franz Jürgen / Schmidt-Preuß, Matthias (Hrsg.), Grundsatzfragen des Regulierungsrechts, S. 94-118, Baden-Baden 2015.  
Zitiert: *Mohr*, Zugangs- und Entgeltregulierung, 94.
- Monopolkommission* Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb, Sondergutachten 54, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 62 Abs. 1 EnWG.  
Zitiert: *Monopolkommission*, Sondergutachten 54, 2009.
- Monopolkommission* Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, Sondergutachten 59, Sondergutachten gemäß § 62 Abs. 1 EnWG.

- Zitiert: Monopolkommission, Sondergutachten 59, 2011.*
- Richter, Thilo* Die Trägheit der Regulierungsentscheidung als Rechtsproblem - Lösungsansätze für die Korrektur von Aktualitätsdefiziten in der Anreizregulierungsverordnung; in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2009, S. 270-275.  
*Zitiert: Richter, NVwZ 2009, 270.*
- ders. / Schulze, Hans-Jörg* Die Finanzierung des Ausbaus von Höchstspannungsnetzen: Wechselwirkungen zwischen Planungs- und Regulierungsrecht; in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2014, S. 835-840.  
*Zitiert: Richter/Schulze, NVwZ 2014, 835*
- Ruffert, Matthias* Enzyklopädie des Europarechts, Bd. 5: Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2020.  
*zitiert: Bearbeiter/Ruffert.*
- Ruge, Reinhard* Rechtsfragen der Anreizregulierung nach § 21a EnWG; in: Zeitschrift für neues Energierecht (ZNER) 2006, S. 200-210.  
*Zitiert: Ruge, ZNER 2006, 200.*
- Säcker, Franz Jürgen* Berliner Kommentar zum Energierecht, Bd. 1: Energiewirtschaftsgesetz und Energiesicherungsgesetz, 4. Auflage, Frankfurt am Main 2019; Bd. 3: Europäische und deutsche Rechtsverordnungen zum Energierecht, 4. Auflage, Frankfurt am Main 2018.  
*Zitiert: Bearbeiter/BerlKommEnR.*
- ders.* Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und privatem Recht: Zur Reform des deutschen Energie- und Telekommunikationsrechts; in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 2005, S. 180-224.  
*Zitiert: Säcker, AöR 130 (2005), 180.*
- ders.* Die wettbewerbsorientierte Anreizregulierung von Netzwirtschaften; in: Netzwirtschaften & Recht (N&R) 2009, S. 78-85.  
*Zitiert: Säcker, N&R 2009, 78.*

- ders. / Meinzenbach, Jörg* Der Effizienzkostenmaßstab des § 21 Abs. 2 EnWG im System der energierechtlichen Netzentgeltregulierung; in: Recht der Energiewirtschaft (RdE) 2009, S. 1-14.  
*Zitiert: Säcker/Meinzenbach, RdE 2009, 1.*
- Schendel, Jörg* Investitionsanreize in der Anreizregulierung: Schritte vorwärts und zurück; in: InfrastrukturRecht (IR) 2011, S. 242-246.  
*Zitiert: Schendel, IR 2011, 242.*
- Schmidt-Preuß, Matthias* Das Europäische Regulierungsrecht der Netzindustrien als inter- und intradisziplinäre Disziplin; in: Bien, Florian / Ludwigs, Markus (Hrsg.), Das europäische Kartell- und Regulierungsrecht der Netzindustrien, S.11-38, Baden-Baden 2015.  
*Zitiert: Schmidt-Preuß, Regulierungsrecht der Netzindustrien, 11.*
- ders.* Das Recht der Regulierung – Idee und Verwirklichung; in: Säcker, Franz Jürgen / Schmidt-Preuß, Matthias (Hrsg.), Grundsatzfragen des Regulierungsrechts, S. 68-84, Baden-Baden 2015.  
*Zitiert: Schmidt-Preuß, Recht der Regulierung, 68.*
- ders.* Der verfassungsrechtliche Schutz der Unternehmenssubstanz: Kernfragen der staatlichen Festsetzung von Netznutzungsentgelten im Stromsektor; in: Energiewirtschaftliche Tagesfragen (et) 2011, Heft 11, S. 758-764.  
*Zitiert: Schmidt-Preuß, et 11/2011, 758.*
- ders.* Energie und Eigentum; in: Recht der Energiewirtschaft (RdE) 2019, S. 149-158.  
*Zitiert: Schmidt-Preuß, RdE 2019, 149.*
- ders.* Energierecht heute; in: Recht der Energiewirtschaft (RdE) 2017 (Sonderheft), S. 3-9.  
*Zitiert: Schmidt-Preuß, RdE 2017 (Sonderheft), 3.*
- ders.* Regulierung im neuen „Energiepaket“: „Philosophie“ und Netznutzungsentgelte; in: InfrastrukturRecht (IR) 2004, S. 146-168.

- Zitiert: Schmidt-Preuß, IR 2004, 146.*
- ders.* Substanzerhaltung und Eigentum: Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Bestimmung von Netznutzungsentgelten im Stromsektor, Baden-Baden 2003.  
*Zitiert: Schmidt-Preuß, Substanzerhaltung und Eigentum.*
- Schuler, Andreas* Die Förderung des Netzausbaus durch Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV; in: Recht der Energiewirtschaft (RdE) 2020 (Sonderheft), S. 57-63.  
*Zitiert: Schuler, RdE 2020 (Sonderheft), 57.*
- ders.* Die Investitionsmaßnahme nach § 23 Anreizregulierungsverordnung, Baden-Baden 2020.  
*Zitiert: Schuler, Investitionsmaßnahme.*
- Stelter, Christian* Kernprobleme der novellierten Anreizregulierungsverordnung; in: Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft (EnWZ) 2017, S. 147-152.  
*Zitiert: Stelter, EnWZ 2017, 147.*
- Strobel, Tobias* Der Ausbau grenzüberschreitender Verbindungsleitungen im Elektrizitätsbereich - Eine insbesondere regulierungsrechtliche Betrachtung; in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 2016, S. 543-551.  
*Zitiert: Strobel, DVBl. 2016, 543.*
- ders.* Die Investitionsplanungs- und Investitionspflichten der Übertragungsnetzbetreiber: Insbesondere historische Entwicklung, Durchsetzung und unternehmerische Eigenverantwortlichkeit, Baden-Baden 2017.  
*Zitiert: Strobel, Investitionspflichten.*
- Theobald, Christian / Kühling, Jürgen* Energierecht: Energiewirtschaftsgesetz mit Verordnungen, EU-Richtlinien, Gesetzesmaterialien, Gesetze und Verordnungen zu Energieeinsparung und Umweltschutz sowie andere energiewirtschaftlich relevante Rechtsregelungen, Kommentar, 108. EL, München 2020.  
*Zitiert: Bearbeiter/Theobald/Kühling EnR.*

*ders. / Theobald, Christiane* Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, Die Liberalisierung der Strom- und Gaswirtschaft, 3. Auflage, München 2013.

*Zitiert: Theobald/Theobald, Grundzüge EnWR.*

*Walther, Ralf* Die Regulierung der Elektrizitätsnetzentgelte nach der Anreizregulierungsverordnung: Eine rechtliche Untersuchung der Anreizregulierung sowie ihrer verfassungsrechtlichen Grenzen, Baden-Baden 2009.

*Zitiert: Walther, Regulierung der Elektrizitätsnetzentgelte.*

