



- Beschlusskammer 4 -

Az.: BK4-13-739A02

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren nach § 29 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 EnWG i.V.m. § 19 Abs. 2 StromNEV und § 30 Abs. 2 Nr. 7 StromNEV

zur Änderung der Festlegung hinsichtlich der sachgerechten Ermittlung individueller Entgelte gem. § 19 Abs. 2 StromNEV vom 11.12.2013, Az. BK4-13-739,

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 Rainer Busch

und ihren Beisitzer Mario Lamoratta

am 29.11.2017

beschlossen:

Tenziffer 3 a) der mit Beschluss vom 11.12.2013, Az. BK4-13-739, erfolgten Festlegung hinsichtlich der sachgerechten Ermittlung individueller Entgelte gemäß § 19 Abs. 2 StromNEV (im Folgenden auch: Ausgangsbescheid) wird gemäß § 29 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 EnWG i.V.m. § 19 Abs. 2 StromNEV und § 30 Abs. 2 Nr. 7 StromNEV wie folgt geändert:

1. Ab dem Anzeigjahr 2017 ist bei der Ermittlung der in § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV geforderten Benutzungsstundenzahl und Verbrauchswerte eine kaufmännisch-bilanzielle Betrachtung zulässig.
2. Im Übrigen bleibt der Ausgangsbescheid unberührt.

G r ü n d e :

I.

Die Beschlusskammer hat mit Beschluss BK4-13-739 vom 11.12.2013 eine Festlegung hinsichtlich der sachgerechten Ermittlung individueller Entgelte erlassen. Gegen diese Festlegung ist von einer Vielzahl von Unternehmen Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt worden. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat diese Beschwerden, soweit sie überhaupt einer streitigen Entscheidung zugeführt wurden, vollumfänglich zurückgewiesen. Vereinzelt wurden die Entscheidungen des Oberlandesgerichts mit der Rechtsbeschwerde angegriffen. Während auch der Großteil dieser Rechtsbeschwerden keinen Erfolg hatte, hat der Bundesgerichtshof auf zwei Rechtsbeschwerden hin, Tenorziffer 3 a) insoweit aufgehoben, wie die Beschlusskammer darin festgelegt hatte, dass bei der Ermittlung der in § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV geregelten Voraussetzungen eine kaufmännisch-bilanzielle Betrachtungsweise unzulässig sei¹.

In der Folge hat die Beschlusskammer von Amts wegen ein Verfahren nach § 29 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 EnWG i.V.m. § 19 Abs. 2 StromNEV und § 30 Abs. 2 Nr. 7 StromNEV zur Änderung der Festlegung hinsichtlich der sachgerechten Ermittlung individueller Entgelte eingeleitet. Hierüber wurde durch Mitteilung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur sowie im Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 19/2017 als Mitteilung Nr. 554 informiert. Zugleich wurde der Entwurf eines Änderungsbeschlusses auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlicht und den betroffenen Marktteilnehmern im Rahmen der Konsultation die Möglichkeit zur Abgabe von Stellungnahmen gemäß § 67 Abs. 1 EnWG bis zum 03.11.2017 gegeben. Zudem hat die Beschlusskammer vor dem Hintergrund, dass die beiden Entscheidungen erst am 22.06.2017 der Bundesnetzagentur zugegangen sind und ein Abschluss des Verfahrens daher nicht rechtzeitig vor dem 30.09.2017 möglich gewesen ist, auf der Internetseite der Bundesnetzagentur am 30.06.2017 einen entsprechenden Hinweis für das Anzeigjahr 2017 veröffentlicht. Durch diesen wurden die Adressaten des Ausgangsbescheides darüber informiert, dass die Beschlusskammer ab dem Anzeigjahr 2017 Vereinbarungen individueller Netzentgelte, denen eine kaufmännisch-bilanzielle Betrachtungsweise zugrunde liegt, für zulässig erachten wird.

Im Rahmen der Konsultation des Entwurfs des Änderungsbeschlusses sind insgesamt elf Stellungnahmen von sieben Unternehmen und vier Verbänden eingegangen. Deren Inhalt kann im Wesentlichen wie folgt zusammengefasst werden:

In erster Linie wird angeregt, dass die beabsichtigte Entscheidung über den Zeitraum ab dem 01.01.2017 hinaus auch die Jahre 2014 bis 2016 in den Blick nehmen müsse. Hierfür wird angeführt, dass die Besserstellung der gegen den Ausgangsbescheid im Rechtsschutzverfahren erfolgreichen Unternehmen eine Diskriminierung darstelle. Diese sei insbesondere für Unternehmen, die in Folge des Ausgangsbescheides ihre Anschlusssituation aufwendig geändert haben, unzumutbar. In diesem Zusammenhang wird vereinzelt gerügt, dass es den Unternehmen nicht zumutbar gewesen sei, gegen den Ausgangsbescheid Rechtsschutz zu suchen. Eine rückwirkende Änderung des Ausgangsbescheides für die Jahre 2014 bis 2016 sei vielmehr aus Gleichbehandlungsgründen geboten. Das eigentliche Ziel der Festlegung, die einheitliche Kalkulation individueller Netzentgelte im Bundesgebiet zu gewährleisten, würde gerade verfehlt. Einer Anpassung für die Vergangenheit stünden auch keine Rechtsunsicherheiten entgegen. Die Bundesnetzagentur sei zudem auf diese Weise auch im Hinblick auf die Festlegung BK8-12-019 (Redispatch) vorgegangen. Desweiteren würde die Auffassung der Beschlusskammer dazu führen, dass die Unternehmen neben

¹ vgl. BGH, Beschl. 15.05.2017, EnVR 39/15, Rn. 13 – juris.; BGH, Beschl. v. 15.05.2017, EnVR 40/15, Rn. 13.

Rechtsschutz gegen den Ausgangsbeschluss auch weitere, aussichtslose rechtliche Schritte hätte vornehmen müssen. Schließlich sei zumindest eine Anpassung zum 01.01.2016 vorzunehmen, weil die Beschlusskammer bereits seit der mündlichen Verhandlung im Verfahren EnVR 38/15 am 13.12.2016 Kenntnis von der Rechtswidrigkeit des Verbots der kaufmännisch-bilanziellen Betrachtungsweise gehabt habe. Ein Abwarten der Entscheidungsgründe in den Verfahren zum Ausgangsbescheid sei daher auch im Hinblick auf die Reichweite der Aufhebung des Ausgangsbescheides nicht erforderlich gewesen. Auch sei es geboten, parallel zur Ausweitung des zeitlichen Anwendungsbereichs der Änderung notwendig eine Verlängerung der Anzeigefrist für die Jahre 2014 bis 2016 zu regeln.

Ferner wurde angeregt die Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Betrachtungsweise bei der Ermittlung der Voraussetzung für ein individuelles Netzentgelt nicht nur auf die Fälle des § 11 Abs. 2 EEG 2014 zu beschränken. Der Bundesgerichtshof habe im Verfahren EnVR 39/15 in einem Fall der keine Erzeugungsanlage, die nach dem EEG gefördert werde und somit dem Anwendungsbereich des § 11 Abs. 2 EEG 2014 oder seiner Vorgängerregelungen unterfalle, zum Gegenstand hatte, seine Auffassung, wonach im Rahmen von § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV nicht der tatsächlich-physikalische, sondern der kaufmännisch-bilanzielle Strombezug maßgebend sei, erneut bestätigt².

Zuletzt wurde noch angeführt, dass die gegenständliche Änderung auch die Anschlusskonstellation in Betracht ziehen müsse, in der ein Letztverbraucher in einer Kundenanlage über einen Zählpunkt im Sinn von § 20d Abs. 1 EnWG verfüge.

Der Länderausschuss wurde von der Einleitung des Verfahrens in der Sitzung vom 21.09.2017 informiert. Dem Länderausschuss wurde ferner im Rahmen der Sitzung am 23.11.2017 Gelegenheit zur Stellungnahme gem. § 60a Abs. 2 S. 1 EnWG gegeben.

Das Bundeskartellamt und die Landesregulierungsbehörden wurden am 04.10.2017 über die Einleitung des Verfahrens informiert. Ferner wurde Ihnen am selben Tag ein Festlegungsentwurf übersendet und Gelegenheit zur Stellungnahme gem. § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG bis zum 03.11.2017 gegeben. Das Bundeskartellamt und die Landesregulierungsbehörden haben keine Stellungnahme eingereicht.

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

² vgl. BGH, Beschluss vom 15.05.2017, Az. EnVR 39/15, Rn. 9 – juris.

II.

Rechtsgrundlage für den Änderungsbeschluss ist § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG in Verbindung mit § 29 Abs. 1 EnWG und § 30 Abs. 2 Nr. 7 StromNEV.

1. Formelle Rechtmäßigkeit des Änderungsbeschlusses

Als Ausgangsbehörde ist die Bundesnetzagentur auch für den Änderungsbeschluss zuständig.

Den Beteiligten wurde gemäß § 67 Abs. 1 EnWG die Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Das Bundeskartellamt sowie die Landesregulierungsbehörden wurden gemäß § 55 Abs. 1 S. 2 EnWG über die Einleitung des Verfahrens benachrichtigt. Darüber hinaus wurde ihnen unter dem 04.10.2017 Gelegenheit zur Stellungnahme gemäß § 58 Abs. 1 S. 2 EnWG gegeben. Dem Länderausschuss wurde in der Sitzung vom 23.11.2017 gemäß § 60a EnWG ebenfalls Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

2. Änderungsbeschluss gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG i.V.m. § 29 Abs. 1 EnWG, § 30 Abs. 2 Nr. 7 StromNEV

Die Voraussetzungen für einen Änderungsbeschluss gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG i.V.m. § 29 Abs. 1 EnWG, § 30 Abs. 2 Nr. 7 StromNEV liegen vor. Gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG ist die Regulierungsbehörde befugt, Festlegungen zu ändern, die aufgrund von Rechtsverordnungen nach § 21a Abs. 6 EnWG von ihr getroffen wurden, soweit dies erforderlich ist, um sicherzustellen, dass sie weiterhin die Voraussetzungen für eine Festlegung oder Genehmigung erfüllen.

Bei dem Ausgangsbescheid handelt es sich um eine Festlegung im Sinne des § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG, die aufgrund der Regelung des § 30 Abs. 2 Nr. 7 StromNEV, einer Rechtsverordnung nach § 21a Abs. 6 EnWG, getroffen wurde.

Die Änderung ist auch erforderlich, um die Voraussetzungen für die Festlegung nach § 29 Abs. 1 EnWG, § 30 Abs. 2 Nr. 7 StromNEV 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 Rechtslage erfolgt ist oder sich die Einschätzung der Regulierungsbehörde etwa aufgrund neuer Erkenntnisse geändert hat³. Vorliegend hat sich die Einschätzung der Regulierungsbehörde geändert:

Ursprünglich hatte die Beschlusskammer die Auffassung vertreten, dass eine kaufmännisch-bilanzielle Betrachtungsweise bei der Ermittlung der Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV unzulässig sei. Diese noch vom Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigte Rechtsauffassung teilt der Bundesgerichtshof nicht⁴. Der vorliegende Änderungsbeschluss dient der Umsetzung dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung.

³ BGH, Beschl. v. 12.07.2016, Az. EnVR 15/15, Rn. 37 – juris.; Britz in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG § 29 Rn. 2.

⁴ vgl. BGH, Beschl. 15.05.2017, EnVR 39/15, Rn. 13 – juris.; BGH, Beschl. v. 15.05.2017, EnVR 40/15, Rn. 13.

3. 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. Die Regulierungsbehörde hat nach § 29 Abs. 2 S. 1, 2 EnWG die Befugnis, von Amts wegen oder auf Antrag die von ihr nach § 29 Abs. 1 EnWG festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden zu ändern, um sicherzustellen, dass diese angemessen und nicht diskriminierend sind. Die Änderung steht im Ermessen der Behörde, ein Anspruch besteht grundsätzlich nicht⁵.

Die Beschlusskammer sieht es im Ergebnis als verhältnismäßig an, den Ausgangsbescheid in dem genannten Umfang ab dem Anzeigjahr 2017 und somit ab dem 01.01.2017 an die nachträglich ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung anzupassen.

Nach Abschluss der hinsichtlich des Ausgangsbescheides anhängigen Rechtsbeschwerdeverfahren ist dieser weitestgehend in Bestandskraft erwachsen. Lediglich das Verbot einer kaufmännisch-bilanziellen Betrachtung hatte der Bundesgerichtshof aufgehoben. Diese Aufhebung erfolgte jedoch nur inter partes und somit ausschließlich zu Gunsten der beiden im Rechtsschutzverfahren erfolgreichen Unternehmen. Für die Annahme einer Wirkung erga omnes der beiden Entscheidungen ist vorliegend kein Raum. Zwar hat der Bundesgerichtshof in beiden Entscheidungen insoweit keine Ausführungen vorgenommen. Vor dem Hintergrund, dass die Wirkung inter partes aber nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes den Regelfall darstellt⁶, ist dieses Schweigen dahingehend zu verstehen, dass vorliegend der Regelfall anzunehmen ist. Wäre der Bundesgerichtshof vorliegend vom Regelfall abgewichen und hätte er eine Aufhebung erga omnes vorgenommen, ist davon auszugehen, dass dies den Entscheidungsgründen ausdrücklich zu entnehmen gewesen wäre. Demnach sind jene Unternehmen, die gegen das Verbot einer kaufmännisch-bilanziellen Betrachtungsweise im Rahmen von § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV auf Rechtsschutz verzichtet haben, unverändert an den Ausgangsbescheid gebunden. Diese Unternehmen können sich gegenüber der Beschlusskammer mithin nicht darauf berufen, dass der Ausgangsbescheid in zwei Gerichtsverfahren hinsichtlich dieses Verbots aufgehoben worden ist. Denn in diesem Punkt ist die Festlegung persönlich teilbar. Von der Aufhebung des Ausgangsbescheides im Verhältnis zu einem oder mehreren Netzbetreibern müssen demnach nicht auch solche Netzbetreiber profitieren, die den Ausgangsbescheid nicht bzw. nicht in diesem Punkt angefochten haben. Die Regelung zum Verbot kaufmännisch-bilanzieller Betrachtung kann gerade nicht nur von allen Adressaten gleichermaßen befolgt werden, damit das Gesamtkonzept der Festlegung funktioniert. Eine solche Situation hatte der Bundesgerichtshof etwa hinsichtlich der Festlegung zum Umlagemechanismus nach § 19 Abs. 2 StromNEV konstatiert.⁷ Vorliegend ist festzuhalten, dass die beiden Unternehmen rückwirkend zum 01.01.2014 nicht an das besagte Verbot gebunden sind und daher bei der Ermittlung der Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV eine kaufmännisch-bilanzielle Betrachtungsweise anzustellen ist. Diese Unternehmen profitieren mithin exklusiv davon, dass sie von der auch für alle anderen Adressaten bestehenden Möglichkeit des Individualrechtsschutzes erfolgreich Gebrauch gemacht haben. Die diesem Ergebnis offensichtlich innewohnende Ungleichbehandlung ist indes gerechtfertigt. Die Rechtfertigung liegt in den unterschiedlichen Konsequenzen, die aus der allen Adressaten der Festlegung zumutbaren Entscheidung, Rechtsschutz zu suchen oder auf diesen Schritt zu verzichten, resultieren.

⁵ vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.05.2016, Az. VI-3 Kart 174/14 [V], Rn. 72 – juris.

⁶ vgl. BGH, Beschl. v. 16.12.2014, Az. EnVR 54/13, Rn. 25 – juris; BGH, Beschl. v. 12.04.2016, Az. EnVR 25/13, Rn. 39 – juris

⁷ vgl. BGH, Beschl. v. 12.04.2016, Az. EnVR 25/13, Rn. 42 – juris.

b) Entgegen der ursprünglich konsultierten Fassung des gegenständlichen Änderungsbeschlusses ist die Beschlusskammer vor dem Hintergrund der entsprechenden Hinweise von Marktbeteiligten zu dem Ergebnis gelangt, dass eine Einschränkung auf die Fälle des § 11 Abs. 2 EEG 2014 nicht sachgerecht wäre. Der Bundesgerichtshof hat vielmehr entschieden, dass für die Voraussetzungen eines individuellen Netzentgelts nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV nicht der tatsächlich-physikalische, sondern der kaufmännisch-bilanzielle Strombezug maßgebend ist⁸. Hintergrund hierfür ist, dass Großverbraucher einen nachhaltigen Beitrag zu den Netzentgelten leisten. Deswegen ist sicherzustellen, dass Großverbraucher am Netz der allgemeinen Versorgung angeschlossen sind und bleiben und etwa auf die Herstellung einer Direktleitung zu einer höheren Netzebene oder zu dem dortigen Umspannwerk verzichten, weil letzteres für sie - wegen der Möglichkeit der Vereinbarung eines (niedrigeren) individuellen Netzentgelts nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV - wirtschaftlich nicht sinnvoll ist⁹.

c) Hinsichtlich der Anregung – wonach es in der Anschlusskonstellation, in der ein Letztverbraucher, der in einer Kundenanlage angeschlossen ist, aber über einen Zählpunkt im Sinn von § 20 Abs. 1d EnWG verfügt, zulässig sei, dass Kundenanlagenbetreiber und angeschlossener Letztverbraucher gemeinsam betrachtet werden – sei auf den hinsichtlich dieser Fragestellung bestandskräftigen Ausgangsbescheid verwiesen (vgl. Beschluss vom 11.12.2013, Az. BK4-13-739, S. 52).

d) Die weitergehende Frage, ob eine Anpassung der Festlegung hinsichtlich der Zulässigkeit einer kaufmännisch-bilanziellen Betrachtung pro futuro auch zu Gunsten der anderen Adressaten vorzunehmen war, tangiert das Spannungsfeld zwischen materieller Gerechtigkeit einerseits und Rechtssicherheit andererseits. Das Bundesverfassungsgericht führt diesbezüglich grundlegend aus, dass dem Grundgesetz keine allgemeine Verpflichtung der Exekutive zu entnehmen ist, rechtswidrige belastende Verwaltungsakte unbeschadet des Eintritts der Bestandskraft von Amts wegen oder auf Antrag aufzuheben. Dies gelte sogar für bestandskräftige Verwaltungsakte, deren Rechtsgrundlage gegen Verfassungsrecht verstoße¹⁰. Das Bundesverwaltungsgericht hat jedoch anerkannt, dass trotz Bestandskraft des Verwaltungsaktes und obwohl die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes im Ermessen der Behörde steht, eine Verpflichtung zur Rücknahme des Verwaltungsaktes gibt, soweit das Festhalten der zuständigen Behörde am Verwaltungsakt schlechthin unerträglich wäre¹¹. Schlechthin unerträglich sei danach das Festhalten an einem rechtswidrigen aber bestandskräftigen Verwaltungsakt u.a. dann, wenn der Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig ist oder wenn die Vorgehensweise mit dem Grundsatz von Treu und Glauben unvereinbar ist¹².

Von den genannten Fallgruppen kommt vorliegend lediglich die offensichtliche Rechtswidrigkeit in Betracht. Offensichtlich rechtswidrig ist eine Regulierungsentscheidung nicht nur, wenn sie eindeutig in Widerspruch zur höchststrichterlichen Rechtsprechung steht, sondern auch, wenn sich unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt vernünftige Zweifel an dieser Bewertung ergeben, so etwa wenn sich die Rechtswidrigkeit schon aus der einfachen Rechtsanwendung einer eindeutigen Vorschrift oder bei Subsumtion unter unmissverständliche Tatbestandsmerkmale ergibt¹³. Im Hinblick auf das vorliegend diskutierte Verbot einer kaufmännisch-bilanziellen Betrachtungsweise im Rahmen der Ermittlung der Voraussetzungen

⁸ vgl. BGH, Beschl. v. 15.05.2017, Az. EnVR 39/15, Rn. 13 – juris.

⁹ vgl. BGH, Beschl. v. 13.12.2016, Az. EnVR 38/15, Rn. 17 – juris.

¹⁰ vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 30.01.2008, Az. 1 BvR 943/07, Rn. 26 – juris; BVerfG, Beschl. v. 11.10.1966, Az. 1 BvR 178/64, 1 BvR 164/64, Rn. 15 – juris.

¹¹ vgl. BVerwG, EuGH-Vorlagebeschluss vom 07.07.2004, Az. 6 C 24/03, Rn. 15 – juris; zu rechtskräftig bestätigten Verwaltungsakten vgl. BVerwG, Urt. v. 27.01.1994, Az. 2 C 12/92, Rn. 29 – juris; BVerwG, Urt. v. 30.01.1974, Az. VIII C 20.72, Rn. 24 – juris.

¹² vgl. BVerwG, EuGH-Vorlagebeschluss vom 07.07.2004, Az. 6 C 24/03, Rn. 15 – juris; zu rechtskräftig bestätigten Verwaltungsakten vgl. BVerwG, Urt. v. 27.01.1994, Az. 2 C 12/92, Rn. 29 – juris.

¹³ vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.01.2015, Az. VI-3 Kart 11/14 [V], Rn. 43 – juris.

des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV kann indes keine Rede davon sein, dass dessen Rechtswidrigkeit durch einfache Rechtsanwendung festzustellen gewesen wäre. Dies belegt schon die Tatsache, dass die Vorgaben der Beschlusskammer erstinstanzlich vom Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigt worden sind. Die diesbezüglich diskutierten Fragestellungen waren sowohl von hoher rechtlicher Komplexität als auch in technischer Hinsicht anspruchsvoll, da etwa die Auswirkungen der durch § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV privilegierten Bandlast auf die Energieversorgungsnetze und den bundesweiten Kraftwerkspark kontrovers diskutiert wurden. Im Ergebnis bedurfte es einer höchstrichterlichen Entscheidung, um diese Rechtsfrage abschließend zu klären. Dementsprechend kann von einer offensichtlichen Rechtswidrigkeit der in Bestandskraft erwachsenen Vorgabe erst im Nachgang dieser höchstrichterlichen Entscheidung die Rede sein.

Vorliegend hat der Bundesgerichtshof im Verfahren EnVR 38/15 erstmalig festgestellt, dass ein Verbot einer kaufmännisch-bilanziellen Betrachtungsweise bei der Ermittlung der Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV rechtswidrig sei. Der Beschluss datiert vom 13.12.2016. Die Entscheidungsgründe sind der Bundesnetzagentur jedoch erst am 21.02.2017 zugestellt worden. Zudem war Gegenstand dieser Entscheidung nicht der Ausgangsbescheid, sondern eine Genehmigung eines individuellen Netzentgeltes für die Jahre 2011 und 2012¹⁴. Über die Rechtsbeschwerden, die die Frage der kaufmännisch-bilanziellen Betrachtungsweise im Rahmen des Ausgangsbescheides zum Gegenstand hatten, hat der Bundesgerichtshof sogar erst mit Beschluss vom 15.05.2017 in den Verfahren EnVR 39/15 und EnVR 40/15 entschieden. Die Entscheidungsgründe liegen der Bundesnetzagentur seit dem 22.06.2017 vor. Die Übertragbarkeit der Rechtsprechung aus dem Verfahren EnVR 38/15 auf den Ausgangsbescheid und insbesondere die Frage der Reichweite der Aufhebung des Ausgangsbescheides stand mithin erst am 22.06.2017 fest. Vor diesem Hintergrund ist eine Reduktion des Beschlusskammer zustehenden Ermessens hinsichtlich der Abänderung des Ausgangsbescheides frühestens ab dem Anzeigejahr 2017 anzunehmen. Eine entsprechende Anpassung ist daher aus Verhältnismäßigkeitserwägungen geboten.

e) Demgegenüber war eine Änderung des Ausgangsbescheids über das Anzeigejahr 2017 hinaus für die Vergangenheit nicht angezeigt. Der materiellen Gerechtigkeit steht insoweit das Kollektivinteresse der Rechtssicherheit entgegen. Wie bereits ausgeführt, ist insoweit zu berücksichtigen, dass die Unternehmen als Adressaten des Ausgangsbescheids die Möglichkeit hatten, den Ausgangsbescheid einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen. Hiervon haben sie keinen Gebrauch gemacht und den Ausgangsbescheid in Bestandskraft erwachsen lassen. Sie haben damit auf ihnen mögliche und zumutbare gesetzlich vorgesehene Rechtsbehelfe verzichtet. Vor dem Hintergrund, dass von der Möglichkeit einer Beschwerde gegen den Ausgangsbescheid bundesweit 76 Unternehmen Gebrauch gemacht haben und einige dieser Unternehmen sich auch gegen die vorliegend in Rede stehende Regelung zur kaufmännisch-bilanziellen Betrachtungsweise gewendet haben, ist die teilweise gerügte Unzumutbarkeit gerichtlichen Rechtsschutzes nicht nachvollziehbar. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass die Unternehmen über die Beschwerde gegen den Ausgangsbescheid hinaus von vornherein aussichtslose Missbrauchsverfahren hätten durchführen müssen. Der gerichtliche Erfolg gegen den Ausgangsbescheid realisiert sich in Folge entsprechend nachträglicher Fristverlängerungen im Rahmen des Anzeigeverfahrens, soweit die jeweiligen Vereinbarungen im Einzelfall keine weitergehenden Probleme aufweisen. An dem Verzicht auf Rechtsschutz und den daraus erwachsenden Konsequenzen müssen sich diese Unternehmen nun festhalten lassen. Ihr Individualinteresse an einer etwaigen nachträglichen wirtschaftlichen Besserstellung tritt daher hinter das Kollektivinteresse der Allgemeinheit an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zurück.

¹⁴ vgl. BGH, Beschl. v. 13.12.2016, Az. EnVR 38/15, Rn. 2 – juris.

Insoweit ist auch keine Differenzierung zwischen Unternehmen geboten, die eine Vereinbarung eines individuellen Netzentgeltes unter Berücksichtigung der kaufmännisch-bilanziellen Betrachtungsweise für die Jahre 2014 bis 2016 abgeschlossen und angezeigt haben, und solchen Unternehmen, die auf diese mit der bestandskräftigen Festlegung in Widerspruch stehenden Vorgehensweise verzichtet haben. Eine Abänderung des Ausgangsbescheides konnte durch diese Vorgehensweise nämlich nicht erreicht werden. Hinsichtlich des für alle Adressaten des Ausgangsbescheides verbindlichen Verbots einer kaufmännisch-bilanziellen Betrachtungsweise konnte lediglich die Wahrnehmung von Rechtsschutz eine Veränderung herbeiführen. Dementsprechend ist alleine maßgeblich, dass die Adressaten des Ausgangsbescheides durch ihren Verzicht auf Rechtsschutz dafür verantwortlich sind, dass eine kaufmännisch-bilanzielle Betrachtungsweise für diese Jahre nicht in Betracht kommt. Hieran müssen sich bis auf zwei Unternehmen, die von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und den Rechtsweg bis zuletzt ausgeschöpft haben, alle anderen Adressaten festhalten lassen. Für eine weitergehende Differenzierung ist demnach kein Raum.

Im Gegenteil hätte eine Änderung der Festlegung für die Anzeigejahre 2014 bis 2016 für jene Adressaten der Festlegung, die zumutbarer Weise von ihrem Recht auf Rechtsschutz erfolgreich Gebrauch gemacht haben, sogar diskriminierenden Charakter. Ungleiche Sachverhalte würden insoweit gleich behandelt. Diese Unternehmen haben das wirtschaftliche Risiko eines mehrjährigen Gerichtsverfahrens über zwei Instanzen auf sich genommen. Von einer Diskriminierung zu Lasten der Unternehmen, die auf Rechtsschutz verzichtet haben, kann hingegen keine Rede sein. Die übrigen Adressaten der Festlegung haben hinsichtlich des Verbots auf diese zumutbare Vorgehensweise verzichtet und würden bei einer entsprechenden Abänderung der Festlegung für die Jahre 2014 bis 2016 nunmehr vollumfänglich hiervon profitieren. Dieses Ergebnis ist vor dem Hintergrund des Prinzips des Individualrechtsschutzes nicht sachgerecht. Eine solche Vorgehensweise wäre allenfalls dann gerechtfertigt, wenn die angegriffene Regelung nicht persönlich teilbar wäre. Hinsichtlich des gegenständlichen Verbots der kaufmännisch-bilanziellen Betrachtungsweise ist dies jedoch der Fall¹⁵. Dieses Ergebnis ist auch nicht deswegen unzumutbar, weil die Unternehmen, die auf Rechtsschutz verzichtet haben, stattdessen eine Umstrukturierung ihrer Anschlussleitung vorgenommen haben. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass diese Unternehmen mit dem Verzicht auf Rechtsschutz und der Veränderung ihrer Anschlusssituation den weniger risikoreichen Weg gewählt haben. Im Gegensatz zu den Rechtsschutz suchenden Unternehmen haben sie auf diese Weise sichergestellt, dass sie nach Abschluss der Maßnahmen in jedem Fall in den Genuss der Privilegierung kommen. Demgegenüber hatten die Unternehmen, die Rechtsschutz gesucht haben, diese Sicherheit nicht, dafür aber die Aussicht bei einem rechtskräftigen Erfolg rückwirkend ab dem 01.01.2014 in den Genuss der Privilegierung zu kommen. Die von der Beschlusskammer getroffene Entscheidung hinsichtlich des Zeitraums der Änderung führt mithin zu einem sachgerechten Ausgleich. Dementsprechend kann auch keine Rede davon sein, dass das eigentliche Ziel der Festlegung, die einheitliche Kalkulation individueller Netzentgelte im Bundesgebiet zu gewährleisten, mit diesem Ergebnis nicht vereinbar sei. Denn zum einen profitieren bundesweit nur zwei Unternehmen von der rückwirkenden Aufhebung durch den Bundesgerichtshof. Eine bundesweite Relevanz ist mithin nicht ersichtlich. Zum anderen ist das gefundene Ergebnis – wie dargestellt – gerade Angemessenheitserwägungen geschuldet.

Ferner ist eine Änderung des Ausgangsbescheides für die Jahre 2014 bis 2016 auch nicht deswegen geboten, weil beispielsweise die Festlegung BK8-12-019 („Redispatch“) auch für die Vergangenheit zurückgenommen wurde. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass diese Festlegung die Modalitäten für die Vergütung von Redispatch-Maßnahmen geregelt hat. Vorliegend steht jedoch keine Vergütungsregelung im Fokus der gegenständlichen Regelung, sondern die Ausgestaltung eines Privilegierungstatbestandes für Netzentgelte. Daher ist dem

¹⁵ vgl. oben S. 5.

Grunde nach schon nicht erkennbar, weshalb die Vorgehensweise bei der Aufhebung der Festlegung BK8-12-019 eine Bindung hinsichtlich der Vorgehensweise bei der Umsetzung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Betrachtungsweise auslösen sollte.

Eine rückwirkende Änderung der Festlegung ist zudem auch nicht wegen der inzwischen als evident einzustufenden Rechtswidrigkeit des Verbots einer kaufmännisch-bilanziellen Betrachtungsweise geboten. Im Hinblick auf die Anzeigjahre 2014 und 2015 ist kein Anhaltspunkt ersichtlich, der eine Reduktion des Rücknahmeermessens rechtfertigen würde. Wie aufgezeigt handelte es sich bei der gegenständlichen Thematik um komplexe rechtliche und technische Fragestellungen, hinsichtlich deren Beantwortung zuletzt eine höchstrichterliche Entscheidung erforderlich gewesen ist. Die erste Entscheidung zu diesem Themenkreis datiert jedoch vom 13.12.2016 und ist mithin für die Anzeigjahre 2014 und 2015 ohne Relevanz. Hinsichtlich des Anzeigjahres 2016 ist festzuhalten, dass zwar die Entscheidung im Verfahren EnVR 38/15 noch im Jahr 2016 gefasst wurde und der Bundesnetzagentur seit diesem Tag auch der Tenor der Entscheidung bekannt ist. Jedoch steht die Übertragbarkeit dieser Entscheidung auf den Ausgangsbescheid frühestens seit dem Vorliegen der Entscheidungsgründe am 22.02.2017 fest. Zudem stellt sich die Frage, ob überhaupt eine im Ermessen der Beschlusskammer stehende Abänderung des Ausgangsbescheides erforderlich ist, erst seit dem Zugang der Entscheidungsgründe in den Verfahren EnVR 39/15 und EnVR 40/15 am 22.06.2017. Denn die Entscheidung des Bundesgerichtshofes, ob der Ausgangsbescheid erga omnes oder inter partes hinsichtlich der virulenten Rechtsfragen aufgehoben wird, war bis zu diesem Tag noch unbekannt. Entgegen den Ausführungen im Konsultationsverfahren konnte erwartet werden, dass sich der Bundesgerichtshof zu dieser Fragestellung verhält. Entgegen dem insoweit vorgebrachten Argument, dass im Verfahren EnVR 25/13 nur wegen eines dort erhobenen Feststellungsantrages von Seiten des Bundesgerichtshofes zu dieser Frage Stellung bezogen wurde, ist festzuhalten, dass im Verfahren EnVR 54/13 im Rahmen einer Anfechtungsbeschwerde Ausführungen zur persönlichen Teilbarkeit einer Festlegung Ausführungen vorgenommen wurden¹⁶. Vor dem Hintergrund der Ausführungen des Bundesgerichtshofes ist nicht nachvollziehbar, weshalb nicht erwartet werden könne, dass eine Entscheidung der Bundesgerichtshofs über eine Rechtsbeschwerde, mit der eine Anfechtungsbeschwerde gegen eine Allgemeinverfügung fortgesetzt wird, eine Antwort auf die Frage der persönlichen Teilbarkeit enthält.

Vor diesem Hintergrund kann allenfalls seit Ende Februar 2017 von einer positiven Kenntnis der Bundesnetzagentur von der offensichtlichen Rechtswidrigkeit des Verbotes einer kaufmännisch-bilanziellen Betrachtungsweise ausgegangen werden. Aus den dargelegten Gründen gebietet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine entsprechende Abänderung des Ausgangsbescheids lediglich ab dem Anzeigjahr 2017. Trotz der Bestandskraft überwiegen ab diesem Anzeigjahr die Interessen der Adressaten des Ausgangsbescheids, sodass dieser an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes angepasst wird. Ab dem 01.01.2017 treten die Interessen der Öffentlichkeit an der Fortgeltung des Ausgangsbescheids hinter die wirtschaftlichen Individualinteressen der betroffenen Unternehmen zurück.

¹⁶ vgl. BGH, Beschl. v. 16.12.2014, Az. EnVR 54/13, Rn. 24 ff. – juris.

III.


Da die Festlegung gegenüber einer Vielzahl betroffener Netzbetreiber erfolgt, ersetzt die Beschlusskammer, in Ausübung des ihr nach § 73 Abs. 1a S. 1 EnWG zustehenden Ermessens, die Zustellung der Festlegung durch eine öffentliche Bekanntmachung. Die öffentliche Bekanntmachung wird dadurch bewirkt, dass der verfügende Teil der Festlegung, die Rechtsbehelfsbelehrung und ein Hinweis auf die Veröffentlichung der vollständigen Entscheidung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur und im Amtsblatt der Bundesnetzagentur bekannt gemacht werden (vgl. § 73 Abs. 1a S. 2 EnWG). Die Festlegung gilt gemäß § 73 Abs. 1a S. 3 EnWG mit dem Tage als zugestellt, an dem seit dem Tag der Bekanntmachung im Amtsblatt der Bundesnetzagentur zwei Wochen verstrichen sind.

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diese Entscheidung ist die Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich binnen einer mit der Zustellung der Entscheidung beginnenden Frist von einem Monat bei der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn (Postanschrift: Postfach 80 01, 53105 Bonn) einzureichen. Zur Fristwahrung genügt jedoch, wenn die Beschwerde innerhalb dieser Frist bei dem Beschwerdegericht, 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 enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Ferner muss sie die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt. Beschwerdeschrift und Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

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


Alexander Lüdtke-Handjery

Vorsitzender


Rainer Busch

Beisitzer


Mario Lamoratta
Beisitzer