

**Datum:** 06.03.2013  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 3. Kartellsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** VI-3 Kart 14/12 (V)  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2013:0306.VI3KART14.12V.00

**Nachinstanz:** Bundesgerichtshof, EnVR 20/13

**Tenor:**

Auf die Beschwerde der Betroffenen wird die Festlegung der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur vom 14. Dezember 2011 – BK 8-11/024 – aufgehoben. Die weitergehende Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Feststellungsanträge der Beteiligten B. und C. werden verworfen.

Die Bundesnetzagentur trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Betroffenen. Die übrigen Beteiligten tragen ihre Auslagen selbst.

Der Beschwerdewert wird auf € 50.000 festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

**Gründe:**

**A.**

Die Betroffene betreibt ein Elektrizitätsverteilernetz in D., an das weniger als 100.000 Kunden angeschlossen sind. Vorgelagerte Übertragungsnetzbetreiberin ist die C.

Mit ihrer Beschwerde wendet die Betroffene sich gegen die Festlegung der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur vom 14.12.2011, mit der diese gegenüber allen

1

2

3

4

Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen gemäß § 3 Nr. 2 EnWG Einzelheiten der „§ 19 StromNEV-Umlage in Abweichung von § 17 Abs. 8 StromNEV“ festgelegt hat. Der Beschluss wurde am 21.12.2011 im Amtsblatt der Bundesnetzagentur veröffentlicht. Die Betroffene war nicht förmlich am Verwaltungsverfahren beteiligt.

Hintergrund für die Festlegung der Umlage ist die mit Wirkung vom 4. August 2011 in Kraft getretene Änderung des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV. § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV sieht vor, dass für atypisches Nutzungsverhalten in Abweichung von § 16 StromNEV individuelle Netzentgelte vereinbart werden können. Nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a.F. war ein individuelles Entgelt außerdem dann anzubieten, wenn die Stromabnahme aus dem Netz der allgemeinen Versorgung für den eigenen Verbrauch an einer Abnahmestelle die Benutzungsstundenzahl von jährlich mindestens 7.000 Stunden erreicht und der Stromverbrauch an dieser Abnahmestelle jährlich 10 Gigawattstunden übersteigt; das zu bildende individuelle Entgelt hatte den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netzebenen widerzuspiegeln. Es durfte nicht weniger als 20 % des veröffentlichten Netzentgelts betragen und sollte nur genehmigt werden, wenn sich die Netzentgelte aller übrigen Nutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen dadurch nicht wesentlich erhöhen. Nach der Neufassung des Satz 2 sollen Netznutzer grundsätzlich von den Netzentgelten befreit werden, wenn sie die Schwellenwerte einer Benutzungsstundenzahl von 7.000 Stunden und eines Stromverbrauchs von 10 Gigawattstunden an einer Abnahmestelle überschreiten. Die Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts nach Satz 1 wie auch die Befreiung nach Satz 2 bedürfen der Genehmigung der Regulierungsbehörde. Mit der Befreiung werden im Wesentlichen Unternehmen großer Industriezweige begünstigt. Für das Jahr 2011 sind – so die Beigeladene zu . . . und die E. - im Geschäftsbereich der Bundesnetzagentur . . . Befreiungsanträge stromintensiver Unternehmen zu verzeichnen, wobei die Genehmigungen mit Wirkung ab dem 1. Januar 2011 erteilt worden sind.

Durch die Netzentgeltbefreiungen bzw. Netzentgeltermäßigungen gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1, 2 StromNEV entstehen den Verteilernetzbetreibern Erlösausfälle. Insoweit sieht die Neufassung des § 19 Abs. 2 StromNEV in Satz 6 vor, dass die Betreiber von Übertragungsnetzen verpflichtet sind, den nachgelagerten Verteilernetzbetreibern die entgangenen Erlöse zu erstatten. Diese Zahlungen sowie eigene entgangene Erlöse durch Befreiungen bzw. Ermäßigungen von den Netzentgelten nach Satz 1 und 2 sind nach § 19 Abs. 2 Satz 7 StromNEV über eine finanzielle horizontale Verrechnung unter den Übertragungsnetzbetreibern auszugleichen; § 9 des KWKG findet entsprechende Anwendung.

Durch die angegriffene Festlegung vom 14.12.2011 hat die Bundesnetzagentur einen Umlagemechanismus entsprechend den Vorgaben der Absätze 4 bis 7 des § 9 KWKG näher ausgestaltet. Danach sind die Netzbetreiber u.a. verpflichtet, von allen Netzverbrauchern bzw. Lieferanten eine Umlage zu erheben und an den jeweiligen Übertragungsnetzbetreiber ihrer Regelzone weiterzuleiten. Die Höhe der Umlage sollen die Netzbetreiber auf dem Preisblatt sowie auf ihrer jeweiligen Internetseite veröffentlichen. In Ziffer 10 der Festlegung hat die Beschlusskammer 8 Folgendes geregelt:

„Die Vorgaben aus der Festlegung sind ab dem 01.01.2012 umzusetzen. Entgangene Erlöse aus dem Kalenderjahr 2011 werden nicht vom Umlagemechanismus erfasst. Für Verteilernetzbetreiber bzw. Übertragungsnetzbetreiber werden diese Sachverhalte entsprechend § 5 ARegV im Regulierungskonto berücksichtigt. Verteilernetzbetreiber können keine Mindererlöse nach § 19 Abs. 2 StromNEV für das Jahr 2011 gegenüber den

Übertragungsnetzbetreibern geltend machen.“

Weder der Verordnungswortlaut noch die darauf beruhende Festlegung wurden bei der Europäischen Kommission notifiziert. 9

Im Netzgebiet der Betroffenen hat die Beschlusskammer 4 der Bundesnetzagentur als Landesregulierungsbehörde für D. mit Beschluss vom 02.12.2011 . . . Letztverbraucher, d. für das Jahr 2011 die allgemein gültigen Netzentgelte gezahlt hatte, die Genehmigung der Befreiung von den Netzentgelten ab dem 01.01.2011 erteilt. Der Betroffenen entgehen dadurch – ihrem Vorbringen zufolge – Netzentgelte in Höhe von . . . €, weil sie die in dieser Höhe bereits gezahlten Entgelte zurückzuerstatten hatte. Die Betroffene hat gegen den Genehmigungsbeschluss Beschwerde vor dem . . . erhoben und einen Antrag nach § 77 Abs. 3 Satz 4 EnWG gestellt. Das . . . hat letzteren durch Beschluss vom . . . abgelehnt. Wegen der Einzelheiten wird auf die Anlage Bf 5 verwiesen. 10

Mit ihrer form- und fristgerechten Beschwerde wendet sich die Betroffene gegen die Regelungen in Ziffer 10 Satz 3 und 4 der Festlegung der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur vom 14.12.2011, deren Aufhebung – hilfsweise die der gesamten Festlegung - sie beantragt. Den Antrag der Betroffenen, die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerden hinsichtlich Ziffer 10 der Festlegung anzuordnen, hat der Senat mit Beschluss vom 14.11.2012 (VI-3 Kart 14/12 (V)) zurückgewiesen. Zur Begründung hat der Senat u.a. ausgeführt, dass Ziffer 10 der angegriffenen Festlegung einer isolierten Aufhebung nicht zugänglich sei, so dass eine darauf beschränkte Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde im Eilverfahren nicht in Betracht komme. In diesem Zusammenhang hat der Senat – wie auch in einem weiteren Beschluss vom 14.11.2012 in dem Eilverfahren VI-3 Kart 65/12 (V) - darauf hingewiesen, dass er erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der der Festlegung zugrundeliegenden Ordnungsänderung hat. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gründe der Entscheidung Bezug genommen. 11

Mit ihrer Beschwerde macht die Betroffene geltend: 12

Die in Ziffer 10 Satz 3 und 4 der streitgegenständlichen Festlegung getroffenen Regelungen seien rechtswidrig und damit unbegründet i.S.d. § 83 Abs. 2 Satz 1 EnWG, da sie den Vorgaben des § 19 Abs. 2 Satz 6 und 7 StromNEV widersprächen. Habe eine Befreiungsgenehmigung ab dem 01.01.2011 ergehen dürfen, wovon das . . . in dem Beschluss vom . . . entscheidungstragend ausgegangen sei, müsse auch der in § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV vorgesehene Ausgleichsanspruch des betroffenen Netzbetreibers bestehen und dürfe nicht – wie geschehen – durch die Bundesnetzagentur durch Verwaltungsakt ausgeschlossen werden. 13

Sie greift die vom Senat geäußerten Bedenken an der Rechtmäßigkeit der Ordnungsänderung auf und trägt dazu vor: Der Senat sei zu Recht von der Nichtigkeit der Ordnungsänderung in § 19 Abs. 2 Satz 2 und 3 StromNEV ausgegangen, weil diese Vorschrift nicht von einer gesetzlichen Verordnungsermächtigung gedeckt sei. In § 24 Satz 1 Nr. 1, Nr. 3 EnWG habe der Gesetzgeber dem Ordnungsgeber keinen Spielraum gelassen, Regelungen zu treffen, die eine vollständige Befreiung von den Netzentgelten für stromintensive Unternehmen zuließen. Damit gehe die Regelung über die Grenzen der Ermächtigung hinaus und verstoße gegen Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG. 14

Die Reichweite der gesetzlichen Verordnungsermächtigung lasse sich schließlich nicht ohne das Zusammenwirken des § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG mit § 21 Abs. 1 EnWG bestimmen. Die Entgeltbefreiung stehe jedoch mit dem Angemessenheitserfordernis des § 21 Abs. 1, 1. 15

Variante EnWG nicht in Einklang und verstoße überdies gegen das (horizontale) Diskriminierungsverbot in § 21 Abs. 1 Satz 2, 2. Variante EnWG.

Die Nichtigkeit des § 19 Abs. 2 Satz 2 und 3 StromNEV habe zur Folge, dass die streitgegenständliche Festlegung auf der Grundlage einer unwirksamen Rechtsgrundlage ergangen und daher wegen Verstoßes gegen den Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) rechtswidrig sei. Gehe man – mit dem erkennenden Senat – davon aus, dass eine isolierte Aufhebung der Ziffer 10 der Festlegung nicht in Betracht komme, so sei die Festlegung daher insgesamt aufzuheben. 16

Die streitgegenständliche Festlegung sei darüber hinaus auch nicht durch § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV gedeckt. Bei der Umlage handele es sich nicht um die Festlegung eines sachgerechten Entgelts für den Netzzugang. Zumindest wäre § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV dann wegen fehlender gesetzlicher Grundlage nichtig. § 24 Satz 1 Nr. 1 EnWG ermächtige nur zur Festlegung von Methoden zur Bestimmung der Entgelte für den Netzzugang. Bei der Umlage handele es sich auch nicht um ein „individuelles Entgelt für den Netzzugang“ i.S.d. § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG, da die Umlage in keinem synallagmatischen Verhältnis zum Netzzugang stehe. 17

Sie beantragt, 18

- 1 die Regelung in Ziffer 10 Satz 3 und 4 der Festlegung der Beschwerdegegnerin vom 14.12.2011 (BK 8 – 11-024) aufzuheben, 120
- 2 hilfsweise: die Festlegung der Beschwerdegegnerin vom 14.12.2011 vollständig aufzuheben. 222

Die Bundesnetzagentur beantragt, 23

die Beschwerde zurückzuweisen. 24

Sie verteidigt die angegriffene Festlegung unter Wiederholung und Vertiefung ihrer Gründe. 25

Zur Rechtmäßigkeit der Ordnungsänderung trägt sie vor: Die Regelung sei rechtmäßig, denn der Ordnungsgeber habe weder die Grenzen der Ordnungsermächtigung überschritten noch habe er gegen die Grundsätze des § 21 EnWG verstoßen. 26

Die Regelungen des § 19 Abs. 2 S. 2 und S. 3 StromNEV seien auch nach dessen Änderung im August 2011 von der Ordnungsermächtigung in § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 EnWG gedeckt. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG verlange, dass eine Ordnungsermächtigung Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung bestimme. Damit werde nicht vorgeschrieben, dass auch die Einzelheiten der durch eine Rechtsverordnung zu treffenden Regelung in die Ermächtigungsnorm aufzunehmen sind. Gerade in vielschichtigen und komplexen Bereichen des Wirtschaftsverwaltungsrechts, zu denen die Energieregulierung zähle, seien geringere Anforderungen an eine hinreichende Bestimmtheit der Ermächtigungen zu stellen. Im Übrigen sei dem Ordnungsgeber gerade im Regulierungsrecht ein Gestaltungsspielraum zugestehen. Daher seien bei solchen vielschichtigen Sachverhalten flexiblere und weniger strenge Anforderungen an die Bestimmtheit der Ermächtigung zu stellen. 27

Die Verordnungsermächtigung des § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG gebe den Rahmen der Verordnung vor, mit der der Ordnungsgeber regeln könne, in welchen Sonderfällen der Netznutzung und unter welchen Voraussetzungen die Regulierungsbehörde individuelle Netzentgelte genehmigen oder untersagen dürfe. Durch das Abstellen auf „Sonderfälle der Netznutzung“ erkenne der Gesetzgeber an, dass es neben dem typischen Netzkunden auch atypische Fälle gebe, die nicht billigerweise unter das im Übrigen für alle Netznutzer gleichermaßen geltende System fallen sollten. Durch den Begriff des individuellen Netzentgelts gebe der Gesetzgeber zugleich vor, dass in der Verordnung eine Abweichung vom typischen Fall der Netznutzung auch auf der Rechtsfolgenseite, nämlich bei der finanziellen Kompensation zu regeln ist. Darin sei zugleich die Wertung enthalten, dass die Gegenleistung in diesem speziellen Fall von der allgemeinen Entgeltbildung abweiche und damit zum individuellen Netzentgelt werde. Durch das Abstellen auf die unbestimmten Rechtsbegriffe der individuellen Netzentgelte und der Sonderfälle der Netznutzung habe der Gesetzgeber dem Ordnungsgeber einen Gestaltungsspielraum und eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich der zu Grunde liegenden komplexen Verhältnisse der Elektrizitätswirtschaft und der hierauf anwendbaren komplexen Regulierungsmethoden zugestanden. In Anbetracht dessen sei es dem Gericht verwehrt, die Einschätzung der regelungsbefugten Exekutive durch eine an der Zweckmäßigkeit oder an der Interessenlage der Betroffenen ausgerichteten eigenen Einschätzung zu ersetzen.

Mit der konkreten Regelung halte der Ordnungsgeber sich innerhalb des von der Ermächtigung gezogenen Rahmens. Es handele sich um eine rechtmäßige Ausgestaltung der Befugnis, für atypische Netznutzungen eine der Situation angemessene individuelle Kompensation zu bestimmen. Bei den Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV handle es sich um Sonderfälle der Netznutzung, denn die besonders intensive Netznutzung entspreche gerade der Abweichung von der typischen Netznutzung, die § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG verlange. In einem solchen Fall sei es dem Ordnungsgeber erlaubt, diskriminierungsfreie und angemessene Netzentgelte auf anderem Wege zu ermitteln und damit das ob und wie einer individuellen finanziellen Kompensation zu gestalten. Die Befreiung von den Netzentgelten habe der Ordnungsgeber statuiert, weil stromintensive Unternehmen mit einer hohen Bandlast netzstabilisierend wirken, was nicht ernstlich bezweifelt werden könne. Durch eine hohe Benutzungsstundenzahl der Bandlastkunden mit einer gleichmäßigen Leistungsentnahme könnten Netzbetreiber von einer kontinuierlichen Auslastung der Netzinfrastruktur durch den Bandlastkunden ausgehen. Dies sei je nach Situation für die Prognose der jeweiligen Netzlast sowohl im Verteilnetz als auch im Übertragungsnetz positiv. Eingriffe in den Netzbetrieb könnten gegebenenfalls reduziert werden. Darüber hinaus trügen die stromintensiven Netzkunden durch den gleichmäßig hohen Strombezug regelmäßig zur Netzstabilität bei, indem Schwankungen der übrigen Netzkunden relativiert würden. Die Feststellung dieser Wirkungsmechanismen sei von der Einschätzungsprärogative des Ordnungsgebers gedeckt. Dann sei es von seinem Gestaltungsspielraum erfasst, wie stark er diese netzstabilisierende Wirkung bei der Reduzierung von Netzentgelten berücksichtige. Vor diesem Hintergrund sei es unschädlich, dass sich der Ordnungsgeber in § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV in einem ersten Schritt für eine Reduktion auf Null entschieden habe. Dabei sei zu beachten, dass der befreite Netzkunde in einem zweiten Schritt die § 19-Umlage und damit auch ein weiteres geldwertes Entgelt zahle. Denn der Netzkunde sei zwar von der Zahlung aller im Zusammenhang mit der Netznutzung stehenden leistungs- und arbeitsabhängigen Netzentgelte befreit. Andere Entgelte, etwa für Zählen und Messen, seien von der Netzentgeltbefreiung aber gerade nicht umfasst. Der Ordnungsgeber habe ein bloß reduziertes Netzentgelt nicht als hinreichend betrachtet, sondern es für sachgerecht gehalten, die betroffenen Unternehmen bei Vorliegen der Voraussetzungen zunächst pauschal zu befreien. Der Ordnungsgeber halte sich im

Rahmen des vorgegebenen Gestaltungsspielraums, wenn er die insgesamt netzstabilisierende Wirkung höher bewerte als die möglicherweise durch die Entnahme verursachten Netzkosten.

Auch nach Sinn und Zweck des § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG ergebe sich kein Unterschied zwischen der Vereinbarung eines gegebenenfalls sehr geringen individuellen Netzentgelts und einer Befreiung. Der Gesetzgeber bezwecke mit seiner Ermächtigung in erster Linie, von den allgemeinen Entgelten abweichende Sondernetzentgelte unter einen Prüfungsvorbehalt zu stellen. Diese Prüfung durch die Regulierungsbehörde sei auch im Fall einer Befreiung vorgeschaltet, so dass die finanzielle Kompensation verschiedene Größenordnungen bis hin zu Null einnehmen könne. 30

Es sei auch nicht ersichtlich, dass sich der Gesetzgeber eine vollständige Befreiung habe vorbehalten wollen. Nur weil er im Fall des § 118 Abs. 6 EnWG neu errichtete Stromspeicheranlagen habe anreizen wollen und daher unmittelbar im Gesetz selbst von den Entgelten für den Netzzugang freigestellt habe, bedeute das noch nicht, dass dies für alle Fälle von Netzentgeltbefreiungen zwingend im EnWG selbst erfolgen müsse. 31

Darüber hinaus sei zu beachten, dass sich für die stromintensiven Betriebe im Ergebnis die in § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV als Befreiung bezeichnete Ermäßigung der Netzentgelte finanziell nicht als hundertprozentige Befreiung auswirke. Die Regelung bestehe im Ergebnis aus einer entlastenden wie auch belastenden Regelung: während die Kosten der Befreiung in der vor dem 4. August 2011 geltenden Fassung den allgemeinen Netznutzungsentgelten zugerechnet und somit auf das jeweilige Netzgebiet verteilt wurden, finde nun eine Umlageregulierung Anwendung, die die Umlage auch zulasten der befreiten Unternehmen vorsehe. Daher handle es sich für die befreiten Unternehmen im Ergebnis weiterhin lediglich um eine im Vergleich zur alten Regelung nochmals erhöhte Reduzierung der Gesamtbelastung. Die Umlage sei so hoch, dass im Ergebnis auch die formell und nach der Begrifflichkeit des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV befreiten Unternehmen an den Netzkosten beteiligt würden. 32

Die Befreiung verstoße auch nicht gegen das in § 21 Abs. 1 EnWG verankerte Gebot der Nichtdiskriminierung. Das Diskriminierungsverbot ziele ebenso wie die Richtlinie 2003/54/EG vom 26.06.2003 und die Richtlinie 2009/72/EG darauf ab, den Wettbewerb auf der dem Netzbetrieb vorgelagerten Stufe - der Stromerzeugung - und der nachgelagerten Stufe - dem Stromvertrieb - zu ermöglichen und zu gewährleisten. Die Schaffung von Wettbewerb auf dem Elektrizitätsmarkt sei das zentrale Anliegen des europäischen Gemeinschaftsgesetzgebers und ziehe sich wie ein roter Faden durch die maßgeblichen Richtlinien, deren Umsetzung das EnWG im Allgemeinen und § 21 EnWG im Besonderen diene. Die Zielrichtung spiegele sich im Wortlaut des Gesetzes wieder. Demgegenüber verbiete es weder das Gemeinschaftsrecht, noch das Diskriminierungsverbot des § 21 EnWG, in Fällen atypischer Netznutzung diese Netznutzer anders zu behandeln, als andere. Dass dies grundsätzlich zulässig und sogar gewollt sei, zeige die Vorschrift des § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG, die in diesen Fällen individuelle Entgelte erlaube. Entscheidend sei, dass die vermeintliche Ungleichbehandlung der befreiten Letztverbraucher den Wettbewerb auf der vor- und nachgelagerten Ebene nicht gefährde. Es gehe auch nicht um eine Ungleichbehandlung von außerhalb des assoziierten Unternehmens stehenden Unternehmen. Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot liege daher nicht vor. 33

Darüber hinaus handele es sich bei dem Befreiungstatbestand um eine diskriminierungsfreie Ausgestaltung. Die Ungleichbehandlung sei wegen der Sondersituation dieser Netznutzer jedenfalls gerechtfertigt. Diese wiesen im Gegensatz zu den nicht befreiten Netznutzern ein 34

besonderes Nutzungsverhalten auf. Es handle sich somit um Sonderformen der Netznutzung, die nach der Einschätzung des Gesetz- und des Verordnungsgebers einer Ungleichbehandlung bedürften.

Es sei auch eine angemessene Entgeltbildung gewährleistet. Der gemeinschaftsrechtlich vorgegebene und durch § 21 EnWG umgesetzte Grundsatz der Angemessenheit der Entgelte solle sicherstellen, dass der Marktzugang zum Erzeugungs- und Versorgungsmarkt nicht durch unangemessene Bedingungen für den Netzzugang behindert werde. Im Verhältnis zum Netzkunden bedeute dies, dass die Netzentgelte nicht so hoch sein dürften, dass sie den Zugang zum vorgelagerten Erzeugungs- und dem nachgelagerten Versorgungsmarkt ungerechtfertigt behindern. Davon könne trotz eines höheren zu entrichtenden Betrags für Netzentgelt und Umlage nicht ausgegangen werden. Der Kern des Erfordernisses der Angemessenheit der Entgelte sei der Grundsatz der Kostenorientierung, auf den sich der Netzbetreiber berufen könne. Europarechtlicher Kern dieses Grundsatzes sei es, den Netzbetreibern durch die Tarifgestaltung die notwendigen Netzinvestitionen zu ermöglichen und somit die Lebensfähigkeit der Netze zu gewährleisten. Dies setze voraus, dass der regulatorische Rahmen eine Refinanzierung dieser Investitionen ermögliche. Dem trage die streitgegenständliche Umlage gerade Rechnung. 35

Sie - die Bundesnetzagentur - sei nach § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV auch dazu ermächtigt gewesen, in Abweichung von § 17 Abs. 8 StromNEV Einzelheiten des durch § 19 Abs. 2 StromNEV i.V.m. § 9 KWKG vorgegebenen Umlagemechanismus zum Ausgleich von entgangenen Erlösen aufgrund von individuellen Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 S.1 StromNEV und Befreiungen nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV festzulegen. 36

Die Festlegung gewährleiste angemessene und damit sachgerechte Entgelte für die Betreiber von Stromnetzen. Dieser müsse die Erlöse, die ihm aufgrund ermäßigter individueller Netzentgelte und Befreiungen entgehen, refinanzieren können. Dies gewährleiste die Festlegung, indem sie den in § 19 Abs. 2 StromNEV und § 9 KWKG vorgesehenen Wälzungs- und Umlagemechanismus zum Ausgleich der entgangenen Erlöse nachvollziehe und konkretisiere. 37

Eine Kompetenz zur Regelung der vorliegenden Materie ergebe sich auch mit Blick auf § 30 Abs. 1 Nr. 8 StromNEV. Nach dieser Vorschrift könne die Regulierungsbehörde sogar Festlegungen zur Höhe der sich aus dem Belastungsausgleich nach § 9 Abs. 7 KWKG ergebenden Zuschläge treffen. Andere Zuschläge seien bei Verordnungserlass namentlich nicht bekannt gewesen. Um den sich schnell wandelnden Bedürfnissen des komplexen Elektrizitätswirtschaftsbereichs gerecht zu werden, sei der Regulierungsbehörde nach § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV für weitere Entgelte in Abweichung zu § 17 Abs. 8 StromNEV eine entsprechende Kompetenz zur Entgeltfestlegung eingeräumt worden. 38

Sie sei auch deswegen nach § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV zur Festlegung des Umlagemechanismus zum Ausgleich entgangener Erlöse nach § 19 Abs. 2 StromNEV ermächtigt, weil dieser Mechanismus in § 19 Abs. 2 StromNEV i.V.m. § 9 KWKG vorgesehen sei. Da der Verordnungsgeber in § 19 Abs. 2 S.7 HS.2 StromNEV auf den Wälzungsmechanismus in § 9 KWKG verwiesen habe, sei die Umlage bereits kraft Gesetzes zulässig. 39

Der Einwand, die Umlage sei kein Entgelt, weil sie nicht der Abgeltung einer Gegenleistung diene, greife nicht durch. Dieser Einwand verkenne, dass § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV die Regulierungsbehörde dazu ermächtige, Festlegungen zu treffen, die eine sachgerechte Entgeltbildung ermöglichen. So könne die Regulierungsbehörde insbesondere Regelungen 40

treffen, die in Abweichung von den Vorschriften der StromNEV die Sachgerechtigkeit der vorgesehenen Entgelte sicherstelle. Dies werde durch die Verordnungsbegründung bestätigt. Dort weise der Verordnungsgeber darauf hin, dass es nicht zielführend erscheine, sämtliche Regelungen, die für die Gewährleistung angemessener Entgelte erforderlich sind, in der Verordnung festzuschreiben. Daraus gehe gerade nicht hervor, dass die Regulierungsbehörde auf die Festlegung neuer Entgelte beschränkt sein solle. Vielmehr sei von einem Ermessen auszugehen, das sich vor allem an der Sachgerechtigkeit und Angemessenheit der Entgelte zu orientieren habe. Nach dem Willen des Verordnungsgebers solle die Regulierungsbehörde befugt sein, „die zur Gewährleistung angemessener Entgelte erforderlichen Entscheidungen“ zu treffen. Um eine solche Entscheidung handle es sich bei der streitgegenständlichen Festlegung, so dass offen bleiben könne, ob die Umlage ein Entgelt, Preisbestandteil oder etwas gänzlich anderes sei.

Ungeachtet dessen lasse sich die Umlage aber auch unter den Begriff des Entgelts fassen. Sie sei jedenfalls kein Netzentgelt, sondern allenfalls ein anderes Entgelt und diene dem Ausgleich von Entlastungen besonderer Netzkunden nach § 19 Abs. 1 S. 1 und S. 2 StromNEV. Bei ihrer Einordnung als Entgelt sei insbesondere die Äquivalenz der Gegenleistung gewährleistet. 41

Eine Festlegung gemäß § 30 Abs. 2 Nr. 6, 17 Abs. 8 StromNEV müsse kein Netzentgelt i.S.v. § 1 StromNEV zum Gegenstand haben; es genüge ganz allgemein die Festlegung eines Entgelts oder sonstiger Entscheidungen zur Gewährleistung allgemeiner Entgelte. 42

Selbst wenn der Senat nicht der Auffassung folgen wolle, dass die Regelungen von der Verordnungsermächtigung in § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG gedeckt sind, führe dies nicht zur vollständigen Aufhebung des streitgegenständlichen Beschlusses. Gleiches gelte für den Fall, dass ihre Ermächtigung verneint würde, nach § 29 Abs. 1 EnWG, § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV einen Umlagemechanismus zum Ausgleich von entgangenen Erlösen aufgrund Befreiungen festzulegen. In beiden Konstellationen sei zu berücksichtigen, dass die Festlegung hinsichtlich ihres Regelungsgegenstands teilbar sei. Jedenfalls die Umlage entgangener Erlöse aus der Vereinbarung individueller Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 S. 1 StromNEV sei rechtmäßig, denn die Regelung entspreche im Wesentlichen der vor der Verwaltungsänderung geltenden Rechtslage. 43

Durch den Beschluss werde der Lastenausgleich für zwei verschiedene Regelungsinstrumente geregelt, denen gemeinsam sei, dass sie Sonderformen der Netznutzung betreffen. Im Übrigen aber seien die Regelungen zur Befreiung und zu den individuellen Netzentgelten selbständig und voneinander getrennt zu betrachten. Insbesondere seien die Tatbestandsvoraussetzungen unterschiedlich, so dass ein untrennbarer innerer Zusammenhang bestehe. Auch für den Fall, dass ausschließlich Erlösausfälle aus dem Regime des § 19 Abs. 2 S. 1 StromNEV anfielen, bestünde weiterhin das Bedürfnis nach dem von § 19 Abs. 2 S. 7 StromNEV geforderten Ausgleich. Die angefochtene Festlegung sei daher allenfalls teilweise aufzuheben. 44

Die **beteiligten Übertragungsnetzbetreiber B. und C.** schließen sich dem Antrag der Bundesnetzagentur an und beantragen hilfsweise für den Fall der Aufhebung der angefochtenen Festlegung, 45

festzustellen, dass sie nicht aus § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV dazu verpflichtet sind, entgangene Erlöse, die aus individuellen Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV und Befreiungen von Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV auf Grundlage von Genehmigungen nach § 19 Abs. 2 Satz 3 StromNEV resultieren, nachgelagerten Betreibern 46

von Elektrizitätsverteilernetzen zu erstatten.

In der Sache treten sie der Auffassung der Bundesnetzagentur bei, dass die den Netzbetreibern im Jahre 2011 entgangenen Erlöse über das Regulierungskonto abgewickelt werden sollten. Den Schwierigkeiten, die aus dem Inkrafttreten der Neuregelung des § 19 Abs. 2 StromNEV ohne Übergangsregelung erwachsen, habe die Bundesnetzagentur durch eine sachgerechte Regelung auf Grundlage der Vorgaben der StromNEV Rechnung getragen. Auch habe sie mit Recht und zutreffender Begründung das Vorliegen einer Ermächtigungsgrundlage zum Erlass der Festlegung verteidigt. 47

Sollte der Senat dem entgegen die Festlegung infolge der in der Eilentscheidung geäußerten vorläufigen Rechtsauffassung wegen der Nichtigkeit des § 19 Abs. 2 StromNEV insgesamt aufheben, sei durch Stattgabe ihres Hilfsantrags sicherzustellen, dass eine solche Entscheidung im Falle ihrer Rechtskraft einheitlich gegenüber allen von dem Umlagemechanismus erfassten Unternehmen gelte. Wenn die (rechtskräftige) Aufhebung der Festlegung - entgegen ihrer Auffassung - nicht mit inter-omnes-Wirkung erfolge, wirke sie jedenfalls gegenüber allen Verfahrensbeteiligten und damit gegenüber allen Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen. In diesem Fall sei noch nicht geklärt, ob Unternehmen, die an dem Umlagemechanismus ebenfalls beteiligt sind, sich nach Aufhebung der Festlegung noch unmittelbar auf § 19 StromNEV berufen könnten. Für diesen Fall hätten sie ein berechtigtes Interesse an der Feststellung, dass sie auch nicht unmittelbar aus § 19 Abs. 2 S. 6 StromNEV zur Erstattung entgangener Erlöse verpflichtet seien. 48

**Die Beigeladenen zu ...), ...) und ...)** treten der Beschwerde bei. Sie sind ebenfalls der Auffassung, dass es für eine Netzentgeltbefreiung an einer Ermächtigungsgrundlage im Energiewirtschaftsgesetz fehle und sie gegen Vorschriften des europäischen Beihilfenrechts sowie gegen den grundrechtlich geschützten Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 GG verstoße. Darüber hinaus fehle es auch an einer Ermächtigungsgrundlage für die streitbefangene Festlegung, die daher insgesamt aufzuheben sei. 49

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang, den Senatsbeschluss vom 14. November 2012 und das Protokoll der Senatssitzung Bezug genommen. 50

**B.** 51

Die zulässige Beschwerde der Betroffenen hat aus den mit den Beteiligten in der Senatssitzung erörterten Gründen hinsichtlich des hilfsweise gestellten umfassenden Aufhebungsantrags Erfolg. Der auf isolierte Aufhebung der Tenorziffer 10 Satz 2 und 4 der angegriffenen Festlegung gerichtete Hauptantrag ist hingegen unbegründet. Die Hilfsanträge der am Beschwerdeverfahren der Betroffenen beteiligten Übertragungsnetzbetreiber B. und C. sind bereits unzulässig. 52

**I.** 53

Die Beschwerde der Betroffenen ist – wie der Senat schon im Beschluss vom 14.11.2012 (VI-3 Kart 14/12 (V)) ausgeführt hat – zulässig. 54

Ihrer Beschwerdebefugnis steht insbesondere nicht entgegen, dass sie an dem Verwaltungsverfahren der Bundesnetzagentur nicht förmlich beteiligt war. Zwar sieht § 75 Abs. 2 EnWG vor, dass derjenige beschwerdeberechtigt ist, der bereits im 55

regulierungsbehördlichen Verfahren die Beteiligtenstellung innehatte. In erweiternder Auslegung dieser Vorschrift ist allerdings auch die Beschwerdebefugnis eines Dritten, der nicht schon an dem Verfahren beteiligt war, zu bejahen, wenn er durch den angegriffenen Verwaltungsakt unmittelbar in seinen Rechten berührt wird, weil dieser auch ihm gegenüber eine Regelungswirkung entfaltet (vgl. nur: BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2010 – EnVR 52/09, Rdnr. 14 „GABiGas“; Beschluss vom 11. November 2008 – EnVR 1/08, WuW/E DE-R 2535, Rdnr. 14 ff. – „citiworks“; Beschluss vom 22. Februar 2005 – KVZ 20/04, WuW/E DE-R 1544, 1545 – „Zeiss/Leica“).

So liegt der Fall hier. Als Verteilernetzbetreiberin ist die Betroffene Adressatin der Festlegung, die sich an alle Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen richtet (s.a. S. 18 unter II.3. der Festlegung). 56

## II. 57

Die mit dem Hauptantrag der Betroffenen begehrte Aufhebung der Tenorziffer 10 Satz 2 und 4 der angegriffenen Festlegung kommt allerdings nicht in Betracht. Die Beschwerde hat insoweit keinen Erfolg. 58

Wie der Senat bereits in dem vorangegangenen Eilverfahren mit Beschluss vom 14.11.2012 (VI-3 Kart 14/12 (V)) festgestellt hat, ist Ziffer 10 der angegriffenen Festlegung einer isolierten Aufhebung nicht zugänglich. 59

So wird – von der Betroffenen selbst wie auch von den Beigeladenen zu ...), ...) und ...) - gegen die zugrundeliegende Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV insbesondere eingewandt, sie sei bereits nichtig, weil der Gesetzgeber mit der Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV die Grenzen der Verordnungsermächtigung überschritten und gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen habe. Diese Einwände greifen nach Auffassung des Senats durch, so dass nicht nur der Befreiung, sondern auch der Festlegung zur Kompensation der Erlösausfälle und damit dem gesamten Umlagemechanismus die Grundlage fehlt. 60

Das Rechtsschutzbegehren der Betroffenen lässt sich nicht isoliert und unabhängig davon beurteilen. Mit der angegriffenen Festlegung hat die Bundesnetzagentur die Abwicklung des – bundesweiten - Umlagemechanismus zum Ausgleich der Erlösausfälle, die Netzbetreibern u.a. durch Befreiungen nach § 19 Abs. 2 StromNEV n.F. entstehen, näher ausgestaltet. Dabei hat sie in Ziffer 10 – an Stelle des Gesetz-/Verordnungsgebers – eine Übergangsregelung getroffen, nach der die Vorgaben aus der Festlegung erst ab dem 01.01.2012 umzusetzen sind, die Netzbetreiber Mindererlöse aus dem Kalenderjahr 2011 mithin nicht gegenüber den Übertragungsnetzbetreibern geltend machen können, sondern diese entsprechend § 5 ARegV nur im Regulierungskonto berücksichtigt werden. Hebt der Senat auf den Hauptantrag der Betroffenen hin nur die Regelungen in Ziffer 10 Satz 3 und 4 der Festlegung auf - sofern dies wegen der Einheitlichkeit der Regelungen in Ziffer 10 überhaupt in Frage kommt -, kann die Betroffene gemäß § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV von dem Übertragungsnetzbetreiber die Erstattung auch der ihr in 2011 durch die Befreiung stromintensiver Netzkunden entgangenen Erlöse verlangen. Dies kommt vorliegend jedoch schon deshalb nicht in Betracht, da die vom Gesetzgeber vorgenommene Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV, die den gesetzlichen Erstattungsanspruch in Satz 6 beinhaltet, nach Auffassung des Senats nichtig ist. Insoweit wird auf die nachfolgenden Ausführungen unter Ziffer 3. verwiesen. 61

## III. 62

Der Hilfsantrag der Betroffenen hat jedoch Erfolg. Die angegriffene Festlegung ist schon deshalb rechtswidrig und daher insgesamt aufzuheben, weil die ihr zugrunde liegende Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV nichtig ist. Die Änderung hält sich nicht in den von der Ermächtigungsgrundlage gesetzten Grenzen und ist auch mit höherrangigem Recht nicht vereinbar, so dass für den Senat offen bleiben kann, ob sie darüber hinaus auch eine rechtswidrige staatliche Beihilfe i.S.d. Art. 107 AEUV darstellt oder gegen Art. 34 AEUV verstößt.

1. Der Senat ist zur umfassenden Prüfung der Neuregelung des § 19 Abs. 2 StromNEV und auch zur Feststellung ihrer Nichtigkeit befugt. Aus dem Umstand, dass die Änderung auf einem förmlichen Gesetz – dem am 4. August 2011 in Kraft getretenen Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften - beruht, folgt nicht, dass nur das Bundesverfassungsgericht ihre Nichtigkeit gemäß Art. 100 GG feststellen kann. § 19 Abs. 2 StromNEV ist als im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren geschaffenes Verordnungsrecht zu beurteilen, das von jedem damit befassten Gericht überprüft werden kann. Daraus folgt aber auch, dass der Gesetzgeber bei seiner Änderung an das Verfahren nach Art. 76 ff. GG und an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage gebunden war. 64

1.1. Der Änderung einer geltenden Verordnung durch ein Parlamentsgesetz steht es nicht schon entgegen, dass der Gesetzgeber die Regelungsbefugnis der Exekutive übertragen hat. Für den parlamentarischen Gesetzgeber besteht – wie die Staatspraxis zeigt – häufig ein Bedürfnis, bei einer Änderung komplexer Regelungsgefüge, in denen förmliches Gesetzesrecht und auf ihm beruhendes Verordnungsrecht ineinander verschränkt sind, auch das Verordnungsrecht anzupassen. Zudem gehört es zur Gestaltungsfreiheit des Parlaments, sein Änderungsvorhaben umfassend selbst zu verwirklichen, ohne dass es die durch die Verordnung geregelten Gegenstände zuvor wieder in förmliches Gesetzesrecht übernehmen müsste. Letzterem stünde es insbesondere entgegen, dass künftige Änderungen durch die Exekutive und damit die für die Zukunft notwendige Flexibilität ausgeschlossen wären (BVerfGE 114, 196 ff. „Beitragssicherungsgesetz“, Rdnr. 193 ff.). 65

1.2. Ändert das Parlament eine bestehende Rechtsverordnung oder fügt es in diese neue Regelungen ein, so ist das dadurch entstehende Normgebilde aus Gründen der Normenklarheit insgesamt als Rechtsverordnung zu qualifizieren. Zur Normenklarheit gehört auch Normenwahrheit, so dass Überschrift und Einleitung eines Regelungswerks auch nach u.U. zahlreichen Änderungen noch halten müssen, was sie versprechen (BVerfG, a.a.O., Rdnr. 198 ff., 202). Auch die Rechtsmittelklarheit verbietet es, bei der parlamentarischen und exekutiven Rechtsetzung beide Rechtsformen so zu vermischen, dass eine klare Zuordnung nicht mehr möglich ist. Der Adressat einer Regelung muss mit Blick auf das Prinzip der Rechtsmittelklarheit erkennen können, ob er es mit einer - auf gesetzlicher Ermächtigung beruhenden - Verordnungsregelung oder mit einem förmlichen Gesetz zu tun hat. Entscheidet sich der Gesetzgeber dafür, eine bestehende Verordnung zu ändern, kann der geänderten Verordnung aus verfassungsrechtlichen Gründen daher nur ein einheitlicher Rang, der der Verordnung, zukommen. 66

Etwas anderes gilt dann, wenn der Gesetzgeber die der Exekutive übertragenen Regelungsbefugnisse wieder an sich zieht und eine bisher als Verordnung geltende Regelung als Gesetz erlässt (BVerfGE 114, 303 ff.). Ein Bedürfnis dafür besteht insbesondere dann, wenn die schon existierende Verordnungsregelung zwar auf einer gesetzlichen Ermächtigungsnorm beruht, sie indessen von dieser nach Inhalt, Zweck oder Ausmaß nicht gedeckt wird und von daher ein förmliches Gesetz erforderlich ist (BVerfGE, a.a.O.; OVG NW, DÖD 2010, 17 ff. Rdnr. 24 ff.). Um einen solchen Fall geht es vorliegend 67

indessen nicht, denn der Gesetzgeber hat die bestehende Verordnung geändert und sich damit auf die Ebene des Ordnungsgebers begeben.

1.3. Mit Blick auf den Grundsatz der Formenstrenge der Rechtsetzung und das Prinzip der Rechtssicherheit ist eine Ordnungsänderung durch den Gesetzgeber allerdings nur unter folgenden Voraussetzungen möglich: 68

1.3.1. Die Änderung einer Verordnung durch den parlamentarischen Gesetzgeber kann nicht losgelöst und damit unabhängig von sonstigen gesetzgeberischen Maßnahmen erfolgen, sondern nur im Rahmen der Änderung eines Sachbereichs (BVerfGE, a.a.O., Rdnr. 207). Dabei sind Änderungen von Rechtsverordnungen auf das Ausmaß zu beschränken, das unmittelbar durch die Änderungen im Gesetzesrecht veranlasst ist. (BVerfGE, a.a.O.; BVerwG, U. v. 20.03.2008, 2 C 50/07; Bundesministerium der Justiz: Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. A., Rdnr. 691) 69

1.3.2. Der Gesetzgeber ist an das Verfahren nach Art. 76 ff. GG und insbesondere an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG) gebunden. 70

Befasst sich der Gesetzgeber mit einem Änderungsvorhaben, das sowohl Gesetzes- als auch Ordnungsänderungen umfasst, dann müssen Beratung, Beschlussfassung und Beteiligungsrechte der verschiedenen Organe einheitlich beurteilt werden können, so dass für das Zustandekommen des ändernden Gesetzes die grundgesetzlichen Regeln über die Gesetzgebung anzuwenden sind. 71

Bei der Änderung einer Verordnung ist auch der parlamentarische Gesetzgeber an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage gebunden (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG). Weder die Wahl des zutreffenden Rechtswegs noch die Prüfungs kompetenz des angerufenen Gerichts oder der anzuwendende Prüfungsmaßstab dürfen davon abhängen, ob Änderungen im parlamentarischen Verfahren vorgenommen werden (BVerfGE, a.a.O., Rdnr. 209; BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 31.01.2012, EnVR 58/09, Rdnr. 8). 72

1.3.3. Die Zustimmungsbedürftigkeit eines Gesetzes, durch welches eine Verordnung geändert wird, beurteilt sich am Maßstab der für förmliche Gesetze geltenden Normen und nicht nach Art. 80 Abs. 2 GG (BVerfGE, a.a.O., Rdnr. 210 f.). 73

2. Nach diesen Maßstäben ist die Ordnungsänderung, die der Gesetzgeber mit Wirkung zum 4. August 2011 vorgenommen hat, nicht verfassungsgemäß und daher nichtig. 74

2.1. Der Gesetzgeber hat das Verfahren nach Art. 76 ff. GG für das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften zwar eingehalten. Das Gesetz, in das der maßgebliche Art. 7 mit der Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV im Gesetzgebungsverfahren eingefügt worden ist, ist durch Beschluss des Bundestags vom 30. Juni 2011 angenommen worden (BT-Drs. 395/11 vom 1.07.2011); der Bundesrat hat am 8. Juli 2011 beschlossen, einen Antrag nach Art. 77 Abs. 2 GG nicht zu stellen. 75

Indessen fehlt schon der erforderliche sachliche Zusammenhang mit den weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen, denn es ist nicht ersichtlich, dass das eigentliche Gesetzesvorhaben des Gesetzgebers – das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften – auch die Anpassung der Stromnetzentgeltverordnung und damit die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV erforderlich machte. 76

Das Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften setzt vornehmlich nur die Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG um. Es werden insbesondere die Entflechtungsregeln für die Transportnetze geändert, um die Netzgesellschaft im Konzern zu stärken; des Weiteren soll eine koordinierte, gemeinsame Netzausbauplanung aller Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzbetreiber gewährleistet werden. Daneben werden die Rechte der Verbraucher durch kurze Fristen beim Lieferantenwechsel und klare Regelungen zu Verträgen und Rechnungen sowie für mehr Transparenz gestärkt und eine unabhängige Schlichtungsstelle eingerichtet. Schließlich wird durch die Regeln zur Einführung sog. „intelligenter Messsysteme“ der Grundstein für eine aktivere Teilnahme des Endverbrauchers am Energiemarkt unter Wahrung seiner Persönlichkeitsrechte geschaffen.

Die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV steht damit nur insoweit in einem sachlichem Zusammenhang, als es sich auch um eine energiewirtschaftsrechtliche Vorschrift handelt. Die Änderung war im Regierungsentwurf noch nicht vorgesehen, sondern – beruhend auf einer Forderung der „Wirtschaftsvereinigung Metalle“ - erstmals in der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie vom 29. Juni 2011 (BT-Drs. 17/6365, S. 14, 20) enthalten. Den insoweit geänderten Gesetzesentwurf hat der Bundestag sodann in seiner Sitzung vom 30. Juni 2011 angenommen (BR-Drs. 395/11 vom 1. Juli 2011). Von daher wird auch kritisiert, es handele sich bei der Änderung um eine zusammenhangslos eingebrachte „Mitternachtsregelung“.

Dass die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV erforderlich ist, um „die gebotene Harmonie mit dem Muttergesetz herzustellen“ (Schneider, Gesetzgebung, 2. A., Rdnr. 663 f.), ist weder ersichtlich noch dargetan. Der notwendige Zusammenhang zwischen der Befreiung stromintensiver Netzkunden und den in diesem Gesetz vornehmlich geregelten Materien ist nicht gegeben, die Änderung ist auch nicht als Folgeänderung zu einer der im Kern geregelten Materien ausgewiesen. Die Umsetzung der EG-Richtlinien steht mit der beabsichtigten Befreiung industrieller Großabnehmer in keinerlei Zusammenhang. In der Begründung zu der konkreten Gesetzesänderung findet sich – anders als in einem solchen Fall üblich – daher auch nicht die Erläuterung „redaktionelle Änderung“ oder „Folgeänderung zu ...“, um den Zusammenhang klarzustellen.

Dem entspricht es, dass die Bundesregierung in einem vergleichbaren Fall - dem Änderungsvorschlag des Bundesrats u.a. zur Einfügung eines § 6a in die Strom- und Gasnetzentgeltverordnungen im Rahmen des Dritten Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften - den erforderlichen Sachzusammenhang nicht gesehen und sie - aufgrund der verfassungsrechtlichen Bedenken - dem Änderungsvorschlag nicht zugestimmt hat (BT-Drs. 17/11269 vom 31. Oktober 2012, S. 41).

2.2. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber mit der Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV auch die Grenzen der – auf den Verordnungsgeber delegierten – Verordnungsermächtigung überschritten.

2.2.1. Die Änderung des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV enthält im Wesentlichen zwei Komponenten:

- Zum einen die Neuregelung, dass beim Vorliegen der dort genannten Schwellenwerte nunmehr eine Befreiung von den Netzentgelten erfolgen kann statt des zuvor nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a.F. möglichen individuellen Netzentgelts. Letzteres hatte nach Satz 3 a.F. den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder zu einer

Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen widerzuspiegeln und war im Übrigen nach Satz 8 a.F. nur genehmigungsfähig, wenn die Netzentgelte aller übrigen Netznutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen sich dadurch nicht wesentlich erhöhen.

- Zum anderen ist ein bundesweiter Ausgleich zur Vermeidung überproportionaler regionaler Belastungen installiert worden. Danach sollen die durch individuelle Netzentgelte und Befreiungen entgangenen Erlöse auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber über eine finanzielle Verrechnung untereinander ausgeglichen werden. Verteilernetzbetreiber erhalten daher einen Erstattungsanspruch gegenüber dem vorgelagerten Übertragungsnetzbetreiber mit der Folge, dass die entgangenen Erlöse im Rahmen der Verprobung ihrer Netzentgelte nicht zu einer Erhöhung führen können. Auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber sieht § 19 Abs. 2 Satz 7 StromNEV sodann eine finanzielle Verrechnung der Erstattungsbeträge und der eigenen entgangenen Erlöse, also einen horizontalen Ausgleich, vor. Im Übrigen verweist der Gesetzgeber auf eine entsprechende Anwendung des § 9 KWKG.

886

Der Umfang dieser Verweisung ist streitig. Die Bundesnetzagentur – und mit ihr die Übertragungsnetzbetreiber - misst der Verweisung das Verständnis bei, dass der Gesetzgeber neben dem horizontalen Ausgleich auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber auch die Weiterwälzung und damit einen Umlagemechanismus wie in § 9 Abs. 4 ff. KWKG vorsehen wollte, den sie – die Bundesnetzagentur - mit der streitgegenständlichen Festlegung weiter ausgestaltet hat. Beschwerdeführer anderer Beschwerdeverfahren wie auch die Beigeladenen zu (...), (...) und (...) sind dagegen der Auffassung, es sei nur der Erstattungsanspruch der Verteilernetzbetreiber gegenüber den Übertragungsnetzbetreibern und daran anschließend der horizontale Ausgleich geregelt.

87

Die Frage kann letztlich offen bleiben, da sich die maßgebliche Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV - die Ergänzung der individuellen Netzentgelte um eine Befreiung von diesen - nicht in den Grenzen der Ermächtigungsgrundlage hält (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG), ohne dass es auf die konkrete Ausgestaltung des Ausgleichs der Erlösausfälle ankommt. Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob die Erlösausfälle nach dem Willen des Gesetzgebers durch einen bundesweiten Ausgleich auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber oder eine von dem Letztverbraucher zu erhebende Umlage kompensiert werden sollen.

88

2.2.2. Während der Gesetzgeber grundsätzlich einen weiten Spielraum für seine Gestaltung besitzt und dabei auch Gleich- und Ungleichstellungen anordnen kann, wenn sie sachgerecht sind, ist der Verordnungsgeber enger gebunden, denn er kann verfassungsrechtlich einen Gestaltungsfreiraum nur innerhalb der durch Art. 80 Abs. 1 GG gezogenen Grenzen haben. Es ist ihm daher verwehrt, Regelungen zu erlassen, die die umfänglichen Grenzen wie die inhaltlichen Vorgaben der Ermächtigung missachten und in der Sache auf eine Korrektur der Entscheidung des Gesetzgebers hinauslaufen würden. In den engen Grenzen des ihm danach zustehenden Ermessens hat er sich von sachfremden Erwägungen freizuhalten (BVerfGE 42, 374 (387 f.); 16, 332 (338 f.); 13, 248, (255 f.)). Damit ist er – was die Bundesnetzagentur verkennt - deutlich engeren Vorgaben unterworfen, die sich neben denen des Gemeinschafts-, Verfassungs- und Gesetzesrechts insbesondere aus der Anbindung an das Programm der Verordnungsermächtigung sowie aus der Tatsache ergeben, dass dem Verordnungsgeber die Regelung „wesentlicher“ Aspekte untersagt ist (Brenner in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. A. 2010, Rdnr. 69 zu Art. 80; Uhle in: Epping/Hillgruber, GG, 2009, Rdnr. 29 zu Art. 80).

89

Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung müssen nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG 90  
in dem ermächtigenden Gesetz bestimmt werden, um die Macht der Exekutive im Bereich der  
Rechtsetzung zu begrenzen sowie die parlamentarische Steuerung der exekutiven  
Verordnungsgebung – und damit zugleich die Verantwortung der Legislative für den Inhalt der  
Rechtsverordnung – zu stärken (Sannwald in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, 12. A., 2011,  
Rdnr. 59 zu Art. 80). Der Gesetzgeber selbst muss die Entscheidung treffen, dass bestimmte  
Fragen geregelt werden sollen und die Grenzen einer solchen Regelung festsetzen sowie  
angeben, welchem Ziel die Regelung dienen soll. Das Erfordernis hinreichender Bestimmtheit  
stellt die notwendige Ergänzung und Konkretisierung des aus dem Demokratie- und  
Rechtsstaatsprinzip folgenden Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes sowie der  
Gesetzmäßigkeit der Verwaltung dar (Sannwald, a.a.O., m.w.N.).

Die richterliche Kontrolle ist darauf beschränkt, ob sich der Verordnungsgeber mit seiner 91  
Gesetzeskonkretisierung innerhalb des vorgegebenen Rahmens und des Ziels der  
gesetzlichen Regelung bewegt und verfassungsrechtliche Prinzipien beachtet hat  
(Ossenbühl, Hdb des StaatsR, § 103, Rdnr. 42, 85).

2.2.3. Mit der Regelung, dass stromintensive Letztverbraucher beim Vorliegen der 92  
Schwellenwerte des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a.F. statt der Vereinbarung eines  
individuellen Netzentgelts die vollständige Befreiung von den Netzentgelten erlangen können,  
hat der Gesetzgeber die von ihm gesetzten Grenzen der Verordnungsermächtigung  
überschritten. Nach dem Wortlaut, der Systematik, dem Sinn und Zweck sowie der  
Entstehungsgeschichte der Ermächtigungsnorm ist der Verordnungsgeber nur ermächtigt, in  
der Stromnetzentgeltverordnung neben der Methodik zur Bestimmung der Entgelte  
Regelungen hinsichtlich der Genehmigung (oder Untersagung) individueller  
Netznutzungsentgelte zu treffen.

2.2.3.1. § 24 Satz 1 Nr. 1 EnWG ermächtigt zur Bedingungs- und Methodenregulierung im 93  
Verordnungswege; durch Verordnung können die Bedingungen für den Netzzugang  
einschließlich der Beschaffung und Erbringung von Ausgleichsleistungen, die Methoden zur  
Bestimmung dieser Bedingungen sowie die Methoden zur Bestimmung der Entgelte  
festgelegt werden. Ergänzend sieht § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG – klarstellend - vor, dass dabei  
auch im Einzelnen geregelt werden kann, in welchen Fällen und unter welchen  
Voraussetzungen die Regulierungsbehörde im Einzelfall individuelle Entgelte für den  
Netzzugang genehmigen oder untersagen kann.

Schon nach dem Wortlaut der Ermächtigungsnorm erfasst die Regelungsbefugnis nicht das 94  
„ob“, sondern nur die Bestimmungen zur Ermittlung der Höhe der Entgelte. Die  
Ermächtigung, die Methoden zur Bestimmung der Entgelte für die Netznutzung festzulegen  
und dabei auch die Voraussetzungen für die Entgelte in Sonderfällen individueller Formen der  
Netznutzung zu bestimmen, gibt vor, dass für die Netznutzung grundsätzlich ein Entgelt, also  
eine geldwerte Gegenleistung zu erbringen ist. Mit der Entrichtung des Netzentgelts wird – so  
auch § 3 Abs. 2 StromNEV – die Nutzung der Netz- oder Umspannebene des Netzbetreibers  
und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen abgegolten.

Aus der Systematik und dem Sinn und Zweck der Ermächtigung sowie der 95  
Entstehungsgeschichte folgt nichts anderes. Die Methode zur Bestimmung der Entgelte soll  
die Vorgaben des § 21 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG umsetzen, wonach die Bedingungen und  
Entgelte für den Netzzugang insbesondere angemessen, diskriminierungsfrei und transparent  
sein müssen. Inhaltlich soll der Verordnungsgeber damit nur ermächtigt werden, die Methode  
für die Bestimmung solcher – angemessenen, diskriminierungsfreien und transparenten -  
Netzentgelte, ihre Ausgestaltung und Ermittlung näher festzulegen, also zu konkretisieren,

auf welche Art und Weise die Netzzugangsentgelte ermittelt werden sollen. Dabei hat die Methode die Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung sicherzustellen, weil die daraus abzuleitenden Netzentgelte nur so den materiellen Vorgaben des § 21 EnWG genügen können. Mit Blick darauf soll der Ordnungsgeber befugt sein, auch von einer grundsätzlich gewählten Methode abzuweichen und die Voraussetzungen für individuelle, also der Höhe nach abweichende Entgelte für die Nutzung des Netzes regeln zu können. Die erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens in den Katalog des § 24 Satz 1 EnWG eingefügte Regelungsziffer Nr. 3 dient – wie in der Begründung der Beschlussempfehlung des Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Arbeit ausgeführt ist – „der rechtsförmlichen Klarstellung des Gewollten“ (BT-Drs. 15/5268, S. 121). Mit ihr soll klargestellt werden, dass zum einen in Sonderfällen auch von der grundsätzlich nach Satz 1 Nr. 1 verwendeten Methode abweichende Regelungen für die Bestimmung der Entgelte einer individuellen Netznutzung vorgesehen werden können und zum anderen in solchen Einzelfällen ebenfalls das Instrument der Genehmigung oder der Untersagung zur Verfügung steht (s.a. Bruhn in BerlKommEnR, 2. A., Rdnr. 13 zu § 24). Dabei hatte der Gesetzgeber ganz offensichtlich im Blick, dass schon die VV II plus in Ziffer 1.10 individuelle Netznutzungsentgelte zwischen Netzbetreiber und Netznutzer vorsah, wenn das Nutzungsverhalten des Netznutzers – sein Höchstlastbeitrag - erheblich von den Preisfindungsgrundsätzen abwich.[1]

Dieses Verständnis wird nicht nur durch die Regelung des § 118 Abs. 6 EnWG gestützt. Mit dieser durch das Gesetz zur Beschleunigung des Hochspannungsausbaus vom 21. August 2009 nachträglich eingefügten Privilegierung hat der Gesetzgeber neu errichtete Stromspeicheranlagen von den Entgelten für den Netzzugang auf Gesetzesebene befristet freigestellt (BT-Drs. 16/12898, S. 20[2]). Für den daraus ersichtlichen Gesetzesvorbehalt spricht weiter auch, dass es sich um eine wesentliche Entscheidung handelt, denn die vollständige Befreiung von der Gegenleistung und damit der Privilegierung von Gruppen von Netznutzern lässt sich mit dem die Entgeltregulierung beherrschenden Grundsatz der Verursachungsgerechtigkeit nicht in Einklang bringen (dazu s.u.).

96

2.2.3.2. Bei der in der Neuregelung des § 19 Abs. 2 StromNEV vorgesehenen „Befreiung“ handelt es sich nicht um ein solches individuelles Netzentgelt (ebenso: Missling, IR 2012, 206; Ernst/Koenig, EnWZ 2012, 51, 55). Der befreite Netznutzer entrichtet keine Gegenleistung. Die Befreiung stellt daher keine von der grundsätzlichen Methodik abweichende Entgeltbildung, sondern eine generelle und vollständige Ausnahme von der zugrunde liegenden Entgeltspflicht dar mit – wie die vorliegende Konstellation zeigt – ggfs. weitreichenden finanziellen Folgen. Bei ihr handelt es sich um eine Privilegierung und damit ein aliud zu der Entgeltbildung, denn mit der Methode der zu bildenden Entgelte hat sie nichts zu tun. Dass der Ordnungsgeber auch ermächtigt werden sollte, solche Befreiungen und damit Ausnahmen von der Entgeltspflicht vorsehen zu können, ist – wie schon ausgeführt - nicht ersichtlich. Vielmehr spricht die Klarstellung in § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG, dass auch individuelle Netzentgelte erfasst sein sollen, gerade dafür, dass der Gesetzgeber sich die (wirtschaftspolitische) Entscheidung darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen eine vollständige Befreiung möglich sein soll, vorbehalten wollte.

97

Aus dem Umstand, dass die Sätze 6 und 7 der Neuregelung eine Kompensation für die von diesen befreiten Netznutzern nicht zu erhebenden Entgelte vorsehen, indem diese Ausfälle bundesweit durch die Letztverbraucher ausgeglichen werden, kann entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur nichts anderes folgen (so aber: OLG Jena, Beschluss vom 23.04.2012, 2 Kart 1/12; kritisch dazu Missling IR 2012, 206; Ernst/Koenig, EnWZ 2012, 51, 55). Zum einen ist auf den befreiten Netznutzer abzustellen, der kein Entgelt für den Netzzugang zu entrichten hat. Zum anderen würde eine etwaige Umlage entsprechend § 9

98

KWKG, durch welche allen Letztverbrauchern die durch die Befreiungen und individuellen Netzentgelte zu tragenden Entgeltausfälle auferlegt werden, gerade keine Gegenleistung und damit kein Entgelt für ihre Netznutzung darstellen, sondern nur ihre Beteiligung an den Kosten der Befreiung und Entgeltermäßigung Einzelner. Sie soll nach Maßgabe der angegriffenen Festlegung neben und damit zusätzlich zu den Netzzugangsentgelten erhoben werden. Insofern kann es dahinstehen, ob der Ausgleich der Erlösausfälle nach dem Willen des Gesetzgebers auf den horizontalen Ausgleich auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber beschränkt sein sollte, oder im Anschluss daran – wie die Bundesnetzagentur und die Übertragungsnetzbetreiber meinen – eine vertikale Rückbelastung der nachgelagerten Netzbetreiber und die Umlage der Kosten auf den Letztverbraucher entsprechend § 9 Abs. 4 ff. KWKG erfolgen sollte. Selbst wenn letzteres mit der Regelung bezweckt gewesen sein sollte, um den vier Übertragungsnetzbetreibern nicht die Last der Vorfinanzierung aufzuerlegen, führt dies im Ergebnis zu keiner anderen Beurteilung. Auch insoweit wäre der Rahmen der Ermächtigung überschritten, denn bei der Umlage handelt es sich um eine bundesweite Kompensationsleistung, die der Netzbetreiber von dem Netznutzer neben den Entgelten für das von ihm genutzte Netz erheben soll. Dass der Verordnungsgeber so weitgehend legitimiert worden ist, er also befugt sein soll, im Rahmen der Verordnung zur Bestimmung der Entgelte auch zusätzliche Kompensationsleistungen zu kreieren, ist jedoch ebenso wenig ersichtlich.

2.2.4. Dass § 24 Satz 1 Nr. 1, Nr. 3 EnWG nicht zur Befreiung von den Netzentgelten ermächtigt, folgt auch daraus, dass die vollständige Befreiung nicht in Einklang mit den Grundsätzen der Entgeltbildung gebracht werden kann. Sie verstößt gegen die Entgeltgrundsätze des § 21 Abs. 1 EnWG und damit auch gegen das Diskriminierungsverbot der Richtlinie 2009/72/EG. Mit diesen Vorgaben lässt sich nur ein individuelles Netzentgelt vereinbaren wie der Verordnungsgeber es bis zum Inkrafttreten der Änderung in § 19 Abs. 2 StromNEV a.F. (allein) vorgesehen hatte. 99

2.2.4.1. Mit der Methode zur Bestimmung der Entgelte sollen die Vorgaben des § 21 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG umgesetzt werden. Danach müssen Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang insbesondere angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein. Diese Vorgaben hat der Verordnungsgeber bei seiner konkretisierenden Ausgestaltung der entgelt- und erlösobergrenzenbezogenen Verordnungen grundsätzlich zu beachten (BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 28.06.2011 - EnVR 34/10 -, Rdnr. 10). Die Vorgaben für die Beschaffenheit der Entgelte stecken zugleich den Rahmen für die Methode der Entgeltberechnung und davon abweichende Regelungen für die Bestimmung der Entgelte einer individuellen Netznutzung ab. In diesem Rahmen muss sich daher nicht nur die Methode zur Bestimmung der Entgelte, sondern müssen sich spiegelbildlich auch die Bedingungen für davon abweichende individuelle Netzentgelte bewegen. 100

2.2.4.2. Nach Art. 32 Abs. 1 der Richtlinie 2009/72/EG[3] haben die Mitgliedstaaten die Einführung eines Systems für den Zugang Dritter zu den Übertragungs- und Verteilnetzen auf der Grundlage veröffentlichter Tarife zu gewährleisten: die Zugangsregelung hat für alle zugelassenen Kunden zu gelten und soll nach objektiven Kriterien und ohne Diskriminierung zwischen den Netzbenutzern angewandt werden. Auch Erwägungsgrund 32 der Richtlinie sieht vor, dass sicherzustellen ist, dass die Tarife für den Netzzugang transparent und nichtdiskriminierend sind; sie sollen auf nichtdiskriminierende Weise für alle Netznutzer gelten. Danach kann entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur kein Zweifel daran bestehen, dass das Diskriminierungsverbot dem unmittelbaren Schutz des Netznutzers vor einer - sachlich nicht gerechtfertigten - Ungleichbehandlung dient. 101

Das – die Vorgaben der Richtlinie 2003/54/EG umsetzende - horizontale Diskriminierungsverbot des § 21 Abs. 1 EnWG verpflichtet den Netzbetreiber in gleicher Weise, alle externen Netznutzer gleich zu behandeln, ihnen also gleiche Bedingungen der Netznutzung einzuräumen.

Da das Diskriminierungsverbot eine Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes ist, finden auch die insoweit entwickelten Grundsätze Anwendung. Danach hat der Gesetzgeber - wie auch der Ordnungsgeber - wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen ergeben sich unterschiedliche Grenzen, die von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können (BVerfGE 117, 1 (30); 122, 1 (23); 126, 400 (416) m.w.N.). Dabei bedürfen Differenzierungen stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Der Gleichheitssatz ist dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder -betroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können (vgl. nur: BVerfG, B. v. 16.07.2012, 1 BvR 2983/19, Rdnr. 43 m.w.N., zitiert nach juris). Von einem selbst gesetzten Regelsystem darf der Gesetzgeber grundsätzlich abweichen, wenn das mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG sachgerecht ist. Die Gründe für eine Durchbrechung des einmal gewählten Ordnungsprinzips müssen, um überzeugend zu sein, zureichend sachlich begründet sein und in ihrem Gewicht der Intensität der Abweichung von der zugrunde gelegten Ordnung entsprechen. 103

2.2.4.3. Das Gebot angemessener Entgelte betrifft die Entgelthöhe, also den zu zahlenden Gegenwert für den gewährten Netzzugang (Groebel in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. A., Rdnr. 53 zu § 21). 104

2.2.4.4. Die Befreiung stromintensiver Netznutzer von den Netznutzungsentgelten verstößt gegen diese Entgeltgrundsätze, mit denen nicht nur die Methode der Entgeltbestimmung, sondern auch etwaige Ausnahmen davon im Einklang stehen müssen. 105

Netzentgelte sind grundsätzlich kostenbezogen zu berechnen, so dass auch Preisdifferenzierungen unterschiedliche Zugangskosten widerspiegeln und zu angemessenen Entgelten für alle Netznutzer führen müssen. 106

Die in der StromNEV gefundene Methode der Entgeltbildung stellt auf bestimmte Preisfindungsgrundsätze und dabei auf statistische Annahmen ab, um die Kosten des Netzes auf die Netzkunden möglichst verursachungsgerecht zu verteilen. Dabei sind Pauschalisierungen und Typisierungen notwendig. Mit den Sonderformen der Netznutzung in § 19 StromNEV trägt der Ordnungsgeber – legitimiert durch § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG – dem Umstand Rechnung, dass die Lastverläufe oder die Leistungsaufnahme einzelner Netznutzer von diesen Grundsätzen abweichen, so dass die den Preisfindungsgrundsätzen zugrunde liegenden Annahmen nicht zutreffen und daher für sie nicht zu angemessenen Entgelten führen. Daher stellt ein kostensenkendes oder kostenminderndes Nutzungsverhalten, das eine entsprechende Kostensenkung oder –vermeidung zur Folge hat, einen sachlich gerechtfertigten Grund für ein Abweichen von den geltenden Preisfindungsgrundsätzen dar. Für die übrigen Netznutzer hat die entsprechende Netzentgeltminderung, das individuelle Netzentgelt, jedoch zwangsläufig zur Folge, dass sich ihr Entgelt im Umfang der Kostensenkung oder –minderung entsprechend erhöht. Daher wird die Vorgabe diskriminierungsfreier, angemessener und transparenter Netznutzungsentgelte durch ein individuelles Netznutzungsentgelt nur beachtet, wenn sich der Maßstab der 107

Entgeltminderung auf der einen Seite an dem tatsächlichen Umfang der Kostensenkung oder –minderung orientiert, denn auf der anderen Seite werden die übrigen Netznutzer im Umfang der Entgeltminderung zusätzlich belastet. Dem besonderen Nutzungsverhalten des einzelnen Netzkunden wird durch ein individuell bestimmtes Nutzungsentgelt daher nur dann angemessen Rechnung getragen, wenn der Grad der Entlastung des Netzes, der durch das abweichende Nutzungsverhalten des Netzkunden im Einzelfall bewirkt wird, Maßstab der möglichen Entgeltminderung ist (BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 9. Oktober 2012 – EnVR 47/11 – „Pumpspeicherkraftwerke II“, Rdnr. 10 f.). Nur auf diese Weise sind auch die zu ermittelnden Entgelte in ihrer Gesamtheit angemessen und diskriminierungsfrei. Im Einklang damit sah § 19 Abs. 2 Satz 3 StromNEV a.F. vor, dass das individuelle Netzentgelt den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder zu einer Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen widerzuspiegeln hat.

Das besondere Nutzungsverhalten der Gruppe der stromintensiven Netznutzer kann ihre Befreiung von den Netzentgelten nicht rechtfertigen, sondern allenfalls eine entsprechende Reduktion, also ein individuelles Netzentgelt. Nach der Zielsetzung des Gesetzgebers sollen stromintensive Unternehmen mit einer derart hohen Bandlast von den Netzentgelten befreit werden, weil sie aufgrund ihrer Bandlast netzstabilisierend wirken (BT-Drs. 17/6365, S. 34). Die vom Gesetzgeber angeführte Netzstabilität, die durch ein bestimmtes Nutzungsverhalten herbeigeführt wird, mag grundsätzlich ein zulässiges Differenzierungskriterium bei der Entgeltbildung darstellen, weil ein solches Nutzungsverhalten die Kosten des Netzes und damit auch die Entgelte der übrigen Netznutzer mindern oder senken kann. Netzstabilisierende Wirkung kann insbesondere die Verlagerung des überwiegenden Teils des Strombezugs in die Schwachlastzeit haben. Da sich die Dimensionierung des Netzes an der zu erwartenden Spitzenlast auszurichten hat, dient ein solches Nutzungsverhalten v.a. der großen stromintensiven Letztverbraucher der Netzökonomie (BGH, a.a.O.). Dementsprechend kann der Verordnungsgeber dieses nur mit einer entsprechenden – verhältnismäßigen – Reduzierung, nicht aber mit einer völligen Befreiung von den Netzentgelten honorieren, die sich von jeglicher Kostenverursachungsgerechtigkeit löst. Eine Befreiung und damit eine Reduzierung bis auf Null ist schon deshalb ausgeschlossen, weil das abweichende Nutzungsverhalten auf das Leistungselement der Netzkosten beschränkt ist, es also nur zu einer Reduzierung des Leistungs- und nicht auch des Arbeitspreises führen kann (BGH, a.a.O.).

108

Das Anknüpfungsmerkmal der stromintensiven Netznutzung und die zugrunde gelegten Schwellenwerte sprechen ungeachtet dessen gegen eine unentgeltliche Netznutzung. Von der Befreiung sollen stromintensive Netznutzer erfasst werden, die 7.000 Benutzungsstunden/p.a. erreichen und einen Stromverbrauch von 10 GWh aufweisen. Da diese intensive Nutzung impliziert, dass sie das Netz jedenfalls auch zeitgleich mit den übrigen Netznutzern nutzen müssen, kann es nicht sachgerecht sein, sie – wie der Gesetzgeber meint - allein mit Blick auf die Bandlast, also den Umstand, dass sie kontinuierlich Strom verbrauchen und damit das Netz nutzen, von den Kosten der Netznutzung freizustellen. Ob es bei diesem Nutzungsverhalten auch zu einer erheblichen Abweichung des individuellen Höchstlastbeitrags von der zeitgleichen Jahreshöchstlast kommen kann, wie der Verordnungsgeber bei dem Regelbeispiel des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a.F. unterstellt hatte, kann offen bleiben (zweifelhaft insoweit: Britz/Herrmann, IR 2005, 98 ff.). Eine solche netzstabilisierende Wirkung kann – wie ausgeführt - nur zu einer verhältnismäßigen Reduzierung, nicht aber zu einer vollständigen Befreiung von den Netzkosten führen. Eine vollständige Befreiung lässt sich gerade bei den gewählten Schwellenwerten nicht mit dem System und der gewählten Methode der Entgeltbestimmung vereinbaren. Sie ist nicht sachgerecht und systemwidrig, weil sie impliziert, dass durch diese

109

intensive Netznutzung keine Netzkosten verursacht würden.

Die an die Befreiung geknüpften Schwellenwerte sprechen vielmehr dafür, dass der Gesetzgeber – ähnlich wie in den Regelungen des § 9 Abs. 7 KWKG und des § 41 EEG - die Unternehmen der Papier-, Zement-, der Metall erzeugenden und der chemischen Industrie durch eine Härtefallregelung privilegieren wollte, um sie vor einer strompreisbedingten Abwanderung in das Ausland zu bewahren (s.a. Begründung zu § 9 Abs. 7 KWKG in BT-Drs. 14/7024, S. 14). 110

Eine derartige Privilegierung aus wirtschaftspolitischen Gründen ist indessen von der Verordnungsermächtigung, die allein die Bestimmung der Entgelte, also das „wie“ betrifft, nicht erfasst. 111

2.3. Die Nichtigkeit der Ordnungsänderung erfasst diese in vollem Umfang und hat daher zur Folge, dass die Festlegung, die den in der Änderung vorgesehenen Ausgleichsmechanismus weiter umsetzen soll, ebenfalls vollumfänglich aufzuheben ist. 112

Eine Teilnichtigkeit der Verordnung mit einer „geltungserhaltenden“ Reduktion im Übrigen, also beschränkt auf den bundesweiten Ausgleich der Erlösausfälle durch individuelle Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV, kommt nicht in Betracht. Nach den in § 139 BGB und § 44 Abs. 4 VwVfG niedergelegten Rechtsgrundsätzen kann ein Rechtsakt nur (dann) teilweise unwirksam sein, wenn die Unwirksamkeitsgründe einen abgrenzbaren Teil erfassen und zudem feststeht, dass der übrige Rechtsakt gegebenenfalls auch ohne diesen Teil erlassen worden wäre (BVerwG, Beschluss vom 11. Juli 2002 – 3 B 84.02 -, Rdnr. 3, zitiert nach juris). 113

Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Der – bundesweite – Ausgleich der Erlösausfälle, die durch Befreiung und individuelle Netzentgelte dem Netzbetreiber entstehen, stellt keinen eigenen abgrenzbaren Teil der Änderung dar, der auch ohne die Befreiung stromintensiver Netznutzer geregelt worden wäre. Die Änderung zielte ganz ersichtlich darauf ab, stromintensive Netznutzer künftig nicht nur in den Genuss eines individuellen Netzentgelts kommen zu lassen, sondern ihnen die Möglichkeit einer weitergehenden Privilegierung, die vollständige Befreiung von den Netzentgelten, einzuräumen. Mit Blick darauf, dass es unbillig wäre, die übrigen Netznutzer je nach Belegenheit des Netzes und Zahl der stromintensiven Netznutzer in unterschiedlicher Höhe mit den daraus resultierenden Folgen zu belasten, sah der Gesetzgeber die Notwendigkeit, die – nicht unerheblichen - Erlösausfälle gleichmäßig auf alle (übrigen) Letztverbraucher umzulegen. Aus der Ordnungsbegründung geht – wie auch die Bundesnetzagentur erkennt - klar und eindeutig hervor, dass der Gesetzgeber hierzu nur Anlass sah, damit „örtliche Gegebenheiten für die Frage der Befreiung von den Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV keine Rolle spielen“ und er von daher den bundesweiten Ausgleich „zur Vermeidung überproportionaler regionaler Belastungen“ installiert hat (BT-Drs. 17/6365 (S. 34)). Damit wollte er auch dem Umstand Rechnung tragen, dass die Genehmigung eines individuellen Netzentgelts nach § 19 Abs. 2 Satz 8 StromNEV a.F. nur erfolgen konnte, wenn „die Netzentgelte aller übrigen Netznutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen sich dadurch nicht wesentlich erhöhen“. 114

Ungeachtet dessen aber gilt für die vom Gesetzgeber vorgenommene Änderung ohnehin, dass – wie schon ausgeführt - der erforderliche sachliche Zusammenhang mit den weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen fehlt, der indessen erforderlich ist, wenn der Gesetzgeber von einer delegierten Verordnungsermächtigung Gebrauch machen will. Dies betrifft auch die den Umlagemechanismus betreffende Änderung der maßgeblichen Vorschriften. 115

#### IV.

- Die Hilfsanträge der beteiligten Übertragungsnetzbetreiber B., C. und F. sind unzulässig. 117
1. Sie begehren die (allgemeine) Feststellung, dass sie nicht aus § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV dazu verpflichtet sind, entgangene Erlöse, die aus individuellen Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV und Befreiungen von Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV auf Grundlage von Genehmigungen nach § 19 Abs. 2 Satz 3 StromNEV resultieren, nachgelagerten Betreibern von Elektrizitätsverteilernetzen zu erstatten. 118
- Für eine solche allgemeine, abstrakte Feststellung ist in dem Beschwerdeverfahren der Betroffenen indessen aus verschiedenen Gründen kein Raum. Allerdings ist ein Feststellungsantrag nach der Rechtsprechung des Kartellsenats des Bundesgerichtshofs im energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren grundsätzlich statthaft, soweit im Einzelfall ein dem Art. 19 Abs. 4 GG genügender lückenloser Rechtsschutz nur im Wege eines gerichtlichen Feststellungsstreits in Betracht kommt. Dabei sind für die Beurteilung der Zulässigkeit eines solchen Feststellungsantrags die Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung und ihre Ausgestaltung durch die Rechtsprechung entsprechend heranzuziehen (BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 14.08.2008 – „Rheinhessische Energie“ -, Rdnr. 80 f.). Entsprechend § 43 Abs. 1 VwGO könnte daher die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts begehrt werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat. 119
- Daran und an der Beschränkung des Gegenstands des Beschwerdeverfahrens auf den Aufhebungsanspruch der Betroffenen scheitern die Feststellungsanträge der beteiligten Übertragungsnetzbetreiber indessen. Dabei kann es dahinstehen, ob die beteiligten Übertragungsnetzbetreiber als notwendig Beteiligte des Beschwerdeverfahrens anzusehen sind. Selbst dann ist ihr Antragsrecht nach § 66 Satz 2 VwGO, der in energieverwaltungsrechtlichen Verfahren entsprechende Anwendung findet, durch den Rahmen des vom Beschwerdeführer bestimmten Streitgegenstands beschränkt (Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. A., Rdnr. 6 zu § 79; Bracher in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Rdnr. 12 zu § 67; Schmidt in: Eyermann, VwGO, 13. Aufl., Rdnr. 10 zu § 66; a.A.: Kopp/Schenke, VwGO, 18. Aufl., Rdnr. 6 zu § 66; Bier in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 24. Erg.lieferung 2012, Rdnr. 6 zu § 66; VG Koblenz NVwZ 1992, 295, 296; offengelassen BVerwG, Beschluss vom 31.05.2010, 3 B 29/10, BeckRS 2010, 52459, Rdnr. 10f.). Als Dritte in einem Verfahren zwischen anderen Hauptbeteiligten können sie schon nicht über den Verfahrensgegenstand dieses Beschwerdeverfahrens disponieren und den so gesteckten Rahmen überschreiten, indem sie einen eigenen weitergehenden Anspruch, der die Frage ihrer in § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV normierten Verpflichtung gegenüber allen nachgelagerten Verteilernetzbetreibern betrifft, zum Gegenstand des Beschwerdeverfahrens zwischen der Betroffenen und der Bundesnetzagentur machen. 120
2. Gegenstand energiewirtschaftlicher Beschwerdeverfahren sind Verwaltungsakte und schlichte Verwaltungshandlungen der Regulierungsbehörden und damit der administrative Vollzug von gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Normen (Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. A., Rdnr. 3 ff. zu § 75; vgl. zu § 63 GWB nur: Langen/Bunte in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1, 11. A., Rdnr. 4 zu § 63). Vorliegend ist der Verfahrensgegenstand dementsprechend auf den Anspruch der Betroffenen beschränkt, der auf Aufhebung der Festlegung der Bundesnetzagentur gerichtet ist und in dessen Rahmen lediglich eine Inzidentkontrolle der zugrundeliegenden Ordnungsänderung erfolgt. Insoweit unterscheidet sich die Zielsetzung dieses auf 121

Einzelrechtsschutz im Rahmen des Verwaltungsvollzugs gerichteten Beschwerdeverfahrens von einem abstrakten Normenkontrollverfahren, das eine Vielzahl von Klagen in einem Verfahren bündelt und die Norm selbst zum Gegenstand hat, das jedoch vorliegend nicht zur Verfügung steht. Mit einem solchen Verfahren könnte durch eine allgemeinverbindliche Feststellung der Unwirksamkeit die auch von den beteiligten Übertragungsnetzbetreibern angeführte mögliche Rechtsunsicherheit durch abweichende Inzidententscheidungen vermieden und so auch die Gerichtsbarkeit entlastet werden. Neben einer solchen – hier nicht eröffneten – abstrakten Normenkontrolle kann allenfalls noch eine auf Erlass oder Änderung einer Rechtsverordnung gerichtete Feststellungsklage gegen den Normgeber in Betracht kommen (BVerfGE 115, 81 ff. - „Kulturpflanzenanbau“ -, Rdnr. 50ff. , zit. nach juris; BVerwGE 136, 54 ff, Rdnr. 28 ff., zit. nach juris).

**3.** Das Feststellungsbegehren der beteiligten Übertragungsnetzbetreiber ist nicht auf ein konkretes Rechtsverhältnis im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens beschränkt, denn es geht den Übertragungsnetzbetreibern nicht um die Klärung eines solchen, sondern um die abstrakte Rechtsfrage ihrer Verpflichtung aus § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV und damit seiner weiteren Anwendbarkeit. Da sie nach dieser Norm allen nachgelagerten Verteilernetzbetreibern verpflichtet sind, die aus individuellen Netzentgelten und Befreiungen resultierenden Erlösausfälle zu erstatten, läuft ihr Feststellungsbegehren darauf hinaus, dass die Nichtigkeit dieser normierten Verpflichtung für alle Fälle ihrer Inanspruchnahme von Seiten der Verteilernetzbetreiber festgestellt wird. Die begehrte Feststellung betrifft daher nicht das durch das konkrete Beschwerdeverfahren individualisierte und damit allenfalls feststellungsfähige Rechtsverhältnis, sondern die mehr oder weniger abstrakte Rechtsfrage der Nichtigkeit (auch) des § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV. 122

**C.** 123

**1.** Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Satz 1 EnWG. Da die Beschwerde überwiegend Erfolg hat, entspricht es der Billigkeit, dass die Bundesnetzagentur die Gerichtskosten zu tragen und der Betroffenen die entstandenen notwendigen Auslagen zu erstatten hat. Gründe dafür, eine Erstattung der außergerichtlichen Auslagen der übrigen Beteiligten anzuordnen, sind nicht ersichtlich. 124

**2.** Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren folgt aus § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde verbundene Interesse der Betroffenen an der Aufhebung der angegriffenen Festlegung bemisst der Senat seiner Praxis in vergleichbaren Fällen entsprechend auf 50.000 €. 125

**D.** 126

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständliche Frage grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG hat und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG erfordert. 127

Rechtsmittelbelehrung: 128

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 546, 547 ZPO). Sie ist binnen einer Frist von einem Monat schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen. Die Frist beginnt mit der Zustellung dieser Beschwerdeentscheidung. Die Rechtsbeschwerde ist durch einen bei dem Beschwerdegericht oder 129

Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines Monats zu begründen. Die Frist beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag von dem oder der Vorsitzenden des Rechtsbeschwerdegerichts verlängert werden. Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Abänderung oder Aufhebung beantragt wird. Rechtsbeschwerdeschrift und -begründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Für die Regulierungsbehörde besteht kein Anwaltszwang; sie kann sich im Rechtsbeschwerdeverfahren durch ein Mitglied der Behörde vertreten lassen (§§ 88 Abs. 4 S. 2, 80 S. 2 EnWG).

---

[1] 1.10 In einem Fall, in dem aufgrund vorliegender Verbrauchsdaten offensichtlich ist, dass der Höchstlastbeitrag des Netzkunden vorhersehbar erheblich von den Preisfindungsgrundsätzen nach dieser Vereinbarung (Anlagen 3 und 4) abweicht, soll zwischen Netzbetreiber und Netznutzer vor Lieferung ein Netznutzungsentgelt vereinbart werden, das die besonderen Verhältnisse angemessen berücksichtigt. Tritt diese Abweichung wider Erwarten nicht ein, erfolgt rückwirkend eine Abrechnung auf Basis der Preisfindungsgrundsätze (Anlagen 3 und 4). 130

[2] Begründung: „Der Zubau weiterer Pumpspeicherkraftwerke und anderer Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie ist im Hinblick auf die zunehmende Windenergieeinspeisung, verbunden mit der derzeitigen konjunkturell bedingten Minderabnahme, als kurzfristig wünschenswert einzustufen. Pumpspeicherkraftwerke nehmen in Schwachlastzeiten Strom auf.“ 131

[3] entspricht Art. 20 Abs. 1 EitRL (2003/54/EG) 132

---