
Datum: 15.07.2015
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 3. Kartellsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VI-3 Kart 83/14 (V)
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2015:0715.VI3KART83.14V.00

Leitsätze:

§§ 21 Abs. 1, 24 S.1 Nr. 3, 29 EnWG, §§ 17, 19 Abs. 2, 30 Abs. 2 Nr. 7 StromNEV; § 8 Abs. 2 EEG a.F.; Art. 107 Abs. 1 AEUV

1. Die Bundesnetzagentur hat im Rahmen der Festlegung hinsichtlich der sachgerechten Ermittlung individueller Netzentgelte nach § 29 Abs. 1 und Abs. 2 S.1 EnWG i.V.m. § 19 Abs. 2 StromNEV und § 30 Abs. 2 Nr. 7 StromNEV vom 11.12.2013 (BK4-13-739) zu Recht festgelegt, dass im Rahmen der Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV allein auf den physikalischen Strombezug aus dem Netz der allgemeinen Versorgung abzustellen ist. Kaufmännisch-bilanziell aus dem Netz der allgemeinen Versorgung entnommene Strommengen finden grundsätzlich keine Berücksichtigung. Der Strombezug aus vertraglich vereinbarten Netzreservekapazitäten wird als physikalische Entnahme aus dem Netz der allgemeinen Versorgung berücksichtigt.

2. Die im Rahmen der Festlegung gewählte Methode zur Berechnung des individuellen Netzentgelts mittels des physikalischen Pfads ist nicht zu beanstanden. Dies gilt insbesondere auch für die konkreten Vorgaben zur Definition der geeigneten Erzeugungsanlage und zum pauschalen Sicherheitsabschlag.

3. Die durch die Festlegung eingeführte Anzeigefrist stellt keine materiell-rechtliche Ausschlussfrist, sondern eine behördliche Verfahrensregelung dar und ist rechtmäßig.

Tenor:

Die Beschwerde der Betroffenen gegen den Beschluss der Beschlusskammer 4 der Bundesnetzagentur vom 11.12.2013, BK4-13-739, wird zurückgewiesen.

Die Betroffene trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur. Die Beigeladenen tragen ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf EUR festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

1

A.

2

Gegenstand der Beschwerde ist die von der Bundesnetzagentur am 11.12.2013 beschlossene „Festlegung hinsichtlich der sachgerechten Ermittlung individueller Netzentgelte nach § 29 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 EnWG i.V.m. § 19 Abs. 2 StromNEV und § 30 Abs. 2 Nr. 7 StromNEV“ (im Folgenden: Festlegung).

3

Tenziffer 1. und 2. betreffen die atypische Netznutzung nach § 19 Abs. 2 S. 1 StromNEV. Tenziffer 3. regelt die Voraussetzungen für die Ermittlung einer intensiven Netznutzung im Sinne des § 19 Abs. 2 S. 2-4 StromNEV und die für diesen Fall geltenden Regeln bei der Berechnung des individuellen Netzentgelts.

4

Zur Ermittlung der Benutzungsstunden heißt es unter Tenziffer 3.a) der Festlegung:

5

„Der Anspruch eines stromintensiven Letztverbrauchers auf Gewährung eines individuellen Netzentgelts nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV setzt zunächst voraus, dass die Stromabnahme aus dem Netz der allgemeinen Versorgung für den eigenen Verbrauch an einer Abnahmestelle pro Kalenderjahr die Benutzungsstundenzahl von mindestens 7.000 Stunden erreicht und zudem der Stromverbrauch 10 Gigawattstunden übersteigt. Bei der Berechnung der Benutzungsstundendauer ist die physikalisch gemessene Jahreshöchstlast des Letztverbrauchers an der betreffenden Abnahmestelle zu berücksichtigen. Diese umfasst ebenfalls die Leistungsanspruchnahme aufgrund des Ausfalls von Eigenerzeugungsanlagen, die über Netzreservekapazität entgolten werden, soweit dies den im Tenor 3.c. getroffenen Regelungen nicht entgegensteht.“

6

Bei der Ermittlung der Anspruchsvoraussetzung ist eine kaufmännisch-bilanzielle Verrechnung des Strombezugs nicht zulässig.

7

Die Zahl der Benutzungsstunden ergibt sich aus der Gesamtarbeit, gemessen innerhalb eines Kalenderjahres dividiert durch die Höchstlast innerhalb dieser Zeitspanne.“

8

Tenziffer 3.c) behandelt die Berechnung des Beitrags des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder Vermeidung der Erhöhung der Kosten der Netz- oder Umspannebene. Dort heißt es:

9

„i. Berechnung eines individuellen Netzentgelts auf Basis des physikalischen Pfades	10
Bei der Berechnung eines individuellen Netzentgelts auf Basis eines so genannten physikalischen Pfades wird ausgehend vom betreffenden Netzanschlusspunkt des Letztverbrauchers eine fiktive Leitungsnutzung bis zu einer geeigneten Stromerzeugungsanlage auf bereits bestehenden Trassen berechnet. Die Differenz zwischen den Kosten dieser fiktiven Leitungsnutzung und den allgemeinen Netzentgelten, die der Letztverbraucher zu zahlen hätte, stellt den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder einer Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten der jeweiligen Netzebene dar. Die Erfüllung der Mindestvoraussetzung führt somit nicht per se zu einem Anspruch auf eine Netzentgeltreduktion. Ein Anspruch auf Gewährung eines individuellen Netzentgelts besteht nicht, wenn die Berechnung gegenüber dem allgemeinen Netzentgelt nicht zu einer Entgeltreduzierung führt.	11
ii. Geeignete Erzeugungsanlage	12
Als geeignete Erzeugungsanlagen in Betracht kommen neben den herkömmlichen Grundlastkraftwerken auch solche Kraftwerke, die unabhängig von ihrer tatsächlichen Verfügbarkeit grundsätzlich in der Lage sind, mit ihrer installierten Leistung den Strombedarf des betroffenen Letztverbrauchers kontinuierlich abzudecken. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Nennleistung der Erzeugungsanlage die maximal mögliche Leistung des Letztverbrauchers übersteigt und die Erzeugungsanlage technisch in der Lage ist, diese Nennleistung das ganze Jahr hindurch zu erbringen. Von dieser Betrachtungsweise sind bereits stillgelegte Erzeugungsanlagen auszuschließen.	13
iii. Bildung des physikalischen Pfades bis zu einem geeigneten Netzknotenpunkt	14
Abweichend kann der physikalische Pfad vom Netzanschlusspunkt des Letztverbrauchers auch bis zu einem vom Letztverbraucher zu bestimmenden Netzknotenpunkt gebildet werden. In diesem Fall setzt sich das individuelle Netzentgelt aus den individuell zurechenbaren Kosten des physikalischen Pfades in der Anschlussnetzebene und dem allgemeinen Netzentgelt der vorgelagerten Netz- und Umspannebene zusammen. Ermittelt wird der Beitrag zur Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten aus der Differenz bspw. für einen Hochspannungsanschluss zwischen dem von dem Letztverbraucher gemäß veröffentlichten Preisblatt des Netzbetreibers zu entrichtenden Netzentgelt für die Hochspannung und dem Betrag, der sich aus der Bewertung des dem Letztverbraucher individuell zurechenbaren Anteils an der Nutzung der Anschlussnetzebene und den allgemeinen Netzentgelten der vorgelagerten Umspannebene von Höchst- auf Hochspannung berechnet. Im Unterschied zur Beurteilung einer singulären Nutzung nach § 19 Abs. 3 StromNEV kommt es hier auf die Eigensicherheit des Netzknotenpunkts nicht an.	15
...	16
vii. Berechnung der anteiligen Nutzung	17
Die Kosten der Betriebsmittel des physikalischen Pfades werden nur mit dem Anteil berücksichtigt, mit dem der betroffene Letztverbraucher die Betriebsmittel auch tatsächlich nutzt. Die anteilige Berechnung erfolgt entsprechend dem Verhältnis von vereinbarter Anschlusskapazität zur Gesamtkapazität der genutzten Betriebsmittel. Bei der Berechnung des dem Letztverbraucher zurechenbaren Anteils der Betriebsmittelkosten ist ein pauschaler Sicherheitsabschlag für etwaige Leerkapazitäten in Höhe von 20 % zu berücksichtigen. Die entsprechende Berechnung ist für jedes zum physikalischen Pfad zählende Betriebsmittel	18

gesondert vorzunehmen...“

Gemäß Tenorziffer 4. sind hinsichtlich der Durchführung des Anzeigeverfahrens die in Punkt 19 II.5. (so wohl gemeint, tatsächlich in Bezug genommen: Ziffer II.4.) der Begründung enthaltenen Vorgaben zu beachten. Dort heißt es:

„5. Ausgestaltung des Anzeigeverfahrens 20

a) Einführung eines Anzeigeverfahrens 21

.... 22

Durch die neue Fassung des §§ 19 Abs. 2 StromNEV genügt künftig eine schriftliche Anzeige 23 der getroffenen Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts gegenüber der Regulierungsbehörde, sofern die Regulierungsbehörde die Kriterien der sachgerechten Ermittlung individueller Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 S. 1 bis 3 (bzw. § 19 Abs. 2 S. 1 bis 4 ab 01.01.2014) StromNEV festlegt. Da grundsätzlich die ex-post-Kontrolle aller angezeigten individuellen Vereinbarungen eine Überprüfung der Einhaltung der Kriterien ermöglicht, spricht der erhebliche administrative Aufwand aller beteiligten Parteien bei einem Genehmigungsverfahren für die Umstellung auf ein Anzeigeverfahren.

b) Berechtigung zur Anzeige 24

... 25

c) Nachweis- und Begründungspflicht 26

Gemäß § 19 Abs. 2 StromNEV a.F. hatte der Netzbetreiber unverzüglich alle erforderlichen 27 Daten zur Beurteilung der Genehmigungsvoraussetzungen eines individuellen Netzentgelts bzw. der Befreiungsvoraussetzungen vorzulegen. Nunmehr hat der Letztverbraucher der Regulierungsbehörde mit der Anzeige alle zur Beurteilung der Voraussetzungen erforderlichen Unterlagen vorzulegen. Der Netzbetreiber ist verpflichtet, dem Letztverbraucher alle dafür notwendigen Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Die Anzeige ist vollständig bei der Regulierungsbehörde bis zur Anzeigefrist vorzuliegen. Nach der Anzeigefrist eingebrachte, ergänzende Unterlagen werden nicht berücksichtigt, so dass die angezeigte Vereinbarung für das Anzeigedjahr untersagt wird und frühestens im Folgejahr wieder angezeigt werden kann. ...

d) Berichtspflichten 28

... 29

e) Anzeigefrist 30

Im Rahmen des Anzeigeverfahrens sollen alle Vereinbarungen individueller Netzentgelte im 31 Sinne von § 19 Abs. 2 S. 1 bis 4 StromNEV n.F. bis zum 30. September des Kalenderjahres angezeigt werden, in welchem sie erstmalig gelten. Die Frist orientiert sich insoweit an den bisherigen Vorgaben der Bundesnetzagentur zur Genehmigung von individuellen Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 S. 1 StromNEV und von Entgeltbefreiungen gemäß § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV in der bis zum 14.8.2013 geltenden Fassung. Durch die vorliegende Festlegung soll nunmehr ein einheitliches Anzeigeverfahren eingeführt werden. Die bisherigen Antragsfristen sollen beibehalten und auf das Anzeigeverfahren übertragen werden.

Die vorgetragenen Bedenken gegen die Festlegung einer Anzeigefrist können insoweit nicht überzeugen. Zwar enthält die Verordnung insoweit selbst keine explizite Antragsfrist. Allerdings bestünde ohne Vorgabe einer Anzeigefrist die Gefahr, dass gegebenenfalls noch nach Jahren individuelle Netzentgeltvereinbarungen mit Wirkung für die Vergangenheit abgeschlossen werden könnten. Dies würde zum einen zu gravierenden Problemen im Zusammenhang mit der Ermittlung der § 19 StromNEV-Umlage führen. Darüber hinaus müsste der Netzbetreiber nachträglich mit gravierenden Erlösausfällen für die Vergangenheit rechnen. Davon abgesehen stellt die Möglichkeit, die Anzeige noch bis zum 30. September des Jahres zu stellen, in dem die Vereinbarung wirksam werden soll, eine für die Vertragsbeteiligten begünstigende Regelung dar. Vor dem Hintergrund der gemäß § 19 Abs. 2 StromNEV bestehender Genehmigung bzw. Anzeigepflicht, ließe sich aus der Intention der Regelung selbstverständlich auch ableiten, die Wirksamkeit der geschlossenen Vereinbarung von einer vor der geplanten Geltungszeit erfolgten Anzeige bei der Regulierungsbehörde abhängig zu machen. 32

Durch die Bestimmung des 30. September als letztmöglicher Anzeige wird sowohl dem Letztverbraucher als auch dem Netzbetreiber ausreichend Zeit für eine Vorbereitung der Anzeige eingeräumt. Angesichts des Umstandes, dass sich viele Letztverbraucher erst auf Basis der Auswertung der letzten Jahresrechnung für eine individuelle Netz Entgeltvereinbarung entscheiden, sollte die Frist für die Vorlage nicht zu weit nach vorn verlegt werden. Andererseits darf der Anzeigetermin auch nicht soweit in der Zukunft liegen, dass entgegen der Intention der Regelung dem Letztverbraucher die faktische Möglichkeit zu einer Bestabrechnung eingeräumt wird. 33

f) Wirkung der Anzeige 34

....“ 35

Die Betroffene betreibt Produktionsanlagen zur Herstellung von Daneben erzeugt die A. am selben Standort Elektrizität in einem Heizkraftwerk (nachfolgend KWK-Anlage), mit der unter anderem die Produktionsanlagen der Betroffenen versorgt werden. Der Standort wird als Kundenanlage im Sinne des § 3 Nr. 24a/b EnWG betrieben und ist in der Umspannebene Hoch-/Mittelspannung an das Netz der B. angeschlossen. Die unterspannungsseitige Sammelschiene im Umspannwerk C. steht im Eigentum der B., ist aber an die Betroffene verpachtet. Die KWK-Anlage am Standort mit einer elektrischen Nennleistung von etwa x MW ist innerhalb der Kundenanlage direkt mit den Produktionsanlagen verbunden. 36

Da die Bundesnetzagentur schon bislang die Berücksichtigung des kaufmännisch-bilanziell abgerechneten Strombezugs bei der Ermittlung der Voraussetzungen für ein individuelles Netzentgelt ablehnte, konnte die Betroffene von einer Netzentgeltreduzierung bzw. -befreiung noch nicht Gebrauch machen. 37

Die Betroffene wendet sich mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Beschwerde gegen die Regelungen in Ziff. 3.a), 3.c) und 4. der Festlegung. 38

Sie ist der Ansicht, eine isolierte Anfechtung der Tenorziffern 3.a), 3.c) und 4. sei zulässig. Die Festlegung sei insoweit teilbar. Die in den genannten Ziffern getroffenen Regelungen seien isoliert voneinander anzuwenden und hingen nicht untrennbar zusammen. Dies gelte insbesondere, da die Voraussetzungen bereits § 19 Abs. 2 StromNEV zu entnehmen seien und durch die Festlegung lediglich – rechtswidrig - eingegrenzt würden. Die Hilfsanträge würden für den Fall gestellt, dass der Senat eine Teilbarkeit der Tenorziffer 3. oder der Tenorziffer 4. der Festlegung ablehne. Der weitere Hilfsantrag werde für den Fall gestellt, 39

dass der Senat die Teilbarkeit der Festlegung insgesamt verneine.

Die Bundesnetzagentur verstoße mit Tenorziffer 3.a) gegen die Vorgaben der Ermächtigungsgrundlage in §§ 19 Abs. 2 S. 7, 30 Abs. 2 Nr. 7 StromNEV i.V.m. § 29 Abs. 1 EnWG, indem sie bei der Ermittlung der Voraussetzungen eines individuellen Netzentgelts nach § 19 Abs. 2 S. 2-4 StromNEV kaufmännisch-bilanziell abgerechneten Strombezug unberücksichtigt lasse und bei in Anspruch genommener Netzreservekapazität auf den physikalischen Strombezug abstelle. 40

§ 19 Abs. 2 StromNEV selbst enthalte keine Regelung zur Berücksichtigung kaufmännisch-bilanziell verrechneten Strombezugs. Der Wortlaut des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV lasse offen, ob die „Stromabnahme“ physikalisch zu ermitteln sei oder kaufmännisch-bilanziell. Dies ergebe sich allein aus der Gesetzessystematik. Wann eine netzentgeltspflichtige Stromabnahme vorliege, richte sich nach § 17 StromNEV. Nur wenn eine netzentgeltspflichtige Stromabnahme nach § 17 StromNEV anzunehmen sei, komme überhaupt eine Privilegierung nach § 19 Abs. 2 S. 2-4 StromNEV in Betracht. Die Regelungen liefen daher hinsichtlich der Ermittlung der abrechnungsrelevanten Strommengen parallel. 41

Grundsätzlich richte sich die Höhe der Netzentgelte nach der physikalischen Entnahme aus dem Netz der allgemeinen Versorgung. Dieser Grundsatz werde jedoch in den Fällen durchbrochen, in denen ein nach § 11 Abs. 2 EEG in der Fassung vom 21.07.2014 (zuvor § 8 Abs. 2 EEG) kaufmännisch-bilanziell abgerechneter Strombezug vorliege. Grund sei, dass ein Anlagenbetreiber, der Teile des eigenerzeugten Stroms selbst verbrauche, in den Fällen des § 11 Abs. 2 EEG nach Sinn und Zweck der Regelung nicht besser gestellt werden solle, als ein direkt in das Netz der Allgemeinversorgung einspeisender und für den Eigenverbrauch zugleich entnehmender Anlagenbetreiber. Wenn Letztverbraucher in der dargestellten Anschlusskonstellation jedoch hinsichtlich der Ermittlung der Netzentgelte gleichzustellen seien, gelte dies auch für die nach § 19 Abs. 2 StromNEV (zwingend) vom Netzbetreiber anzubietenden individuellen Netzentgelte. Die Ausnahme von dem Grundsatz, dass sich die Höhe der Netzentgelte nach der physikalischen Entnahme aus dem Netz der allgemeinen Versorgung richte, gelte nicht nur für „EEG-Ersatzstrom“ nach § 11 Abs. 2 EEG, sondern für jeden Strombezug, der kaufmännisch-bilanziell erfolge. 42

Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur widerspreche eine Berücksichtigung des kaufmännisch-bilanziell abgerechneten Strombezugs auch nicht Sinn und Zweck des § 19 Abs. 2 S. 2-4 StromNEV. Der Ordnungsgeber stelle in der Begründung zur Einführung der Neufassung des § 19 Abs. 2 S. 2-4 StromNEV klar, dass Anknüpfungspunkt für die Netzentgeltreduktion die mit einer hohen Benutzungstundenzahl einhergehende Bandlast sei. Entscheidend sei demnach die „dauerhafte Stromentnahme“, bei der der Ordnungsgeber eine netzstabilisierende Wirkung unterstelle. Dabei prüfe der Netzbetreiber nicht im Einzelfall, ob tatsächlich eine entsprechende netzstabilisierende Wirkung eintrete. Zu Unrecht gehe die Bundesnetzagentur davon aus, dass der eigene netzentgeltpflichtige physikalische Verbrauch des Anlagenbetreibers innerhalb einer Kundenanlage nicht zu berücksichtigen sei. Es könne keinen Unterschied machen, welche Rechtsnatur die elektrischen Einrichtungen hätten, aus denen die Stromentnahme erfolge. Die physikalische Stromentnahme und damit die gefahrene Bandlast, mit der die Vermutung einer netzstabilisierenden Wirkung eintrete, bleibe die gleiche. Insbesondere sei nicht nachvollziehbar, dass nach den Vorgaben der Festlegung nur für Kundenanlagenbetreiber, die selbst Strom an ihrem Standort erzeugten und netzentgeltpflichtig verbrauchten, die physikalische Entnahme aus dem Netz der allgemeinen Versorgung entscheidend sein solle, nicht aber für Letztverbraucher in geschlossenen Verteilernetzen sowie für an 43

Kundenanlagen angeschlossene Drittverbraucher.

Die Bundesnetzagentur überschreite zudem die Grenzen der §§ 19 Abs. 2 S. 7, 30 Abs. 2 Nr. 7 StromNEV i.V.m. § 29 Abs. 1 EnWG, indem sie in der Festlegung regelt, dass der über Netzreservekapazität bezogene Leistungsbedarf bei der Ermittlung der Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 2-4 StromNEV zu berücksichtigen sei. Die Regelung sei bereits unklar, soweit sie eine Bezugnahme auf Tenorziffer 3.c) der Festlegung enthalte, aber auch im Übrigen rechtswidrig. Werde eine mit dem Netzbetreiber vereinbarte Netzreservekapazität in Anspruch genommen, so sei die zusätzlich gezogene Last nicht bei der Ermittlung der Jahreshöchstlast nach § 17 StromNEV zu berücksichtigen. Nichts anderes könne im Rahmen des § 19 Abs. 2 S. 2-4 StromNEV gelten. Die Berücksichtigung der in Anspruch genommenen Netzreservekapazität könne dazu führen, dass trotz grundsätzlich über das gesamte Jahr gleich bleibender Bandlast die nach § 19 Abs. 2 S. 2-4 StromNEV erforderliche Benutzungsstundenzahl nicht erreicht werde. Durch die in Anspruch genommenen Netzreservekapazität werde die grundsätzlich gefahrene Bandlast aber nicht beeinträchtigt, auf die es im Rahmen des §§ 19 Abs. 2 S. 2-4 StromNEV entscheidend ankomme.

Die von der Bundesnetzagentur unter Tenorziffer 3.c) festgelegte Berechnungsmethodik verstoße unter mehreren rechtlichen Gesichtspunkten gegen höherrangiges Recht.

Das alleinige Abstellen auf den physikalischen Pfad führe nicht zu sachgerechten, sondern diskriminierenden individuellen Netzentgelten und verstoße somit gegen § 19 Abs. 2 S. 4 StromNEV und § 21 Abs. 1 EnWG. § 19 Abs. 2 S. 4 StromNEV sehe vor, dass die Höhe des individuellen Netzentgelts den Beitrag des Letztverbrauchers zur Senkung der Netzkosten oder zur Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten widerzuspiegeln habe. Die festgelegte Berechnung verstoße bereits gegen den Wortlaut. Die Kalkulation nach dem physikalischen Pfad lasse die Kostensenkungsbeiträge des stromintensiven Letztverbrauchers vollständig unberücksichtigt. Es könne nicht angenommen werden, dass die entstehenden Kostenersparnisse durch das Abstellen auf die Kosten eines physikalischen Pfads zu einer bestimmten Erzeugungsanlage bzw. zu einem Netzknotenpunkt abgebildet würden. Denn diese Kosten hingen allein von der konkreten Anschlusssituation des stromintensiven Letztverbrauchers und nicht von seinem Abnahmeverhalten ab. Der Verordnungsgeber wolle aber mit der Möglichkeit der Netzentgeltreduzierung für stromintensive Letztverbraucher das netzstabilisierende Abnahmeverhalten stromintensiver Letztverbraucher honorieren. Er habe deutlich gemacht, dass das netzstabilisierende Abnahmeverhalten nicht nur beim „Ob“ der Netzentgeltreduzierung, sondern gerade auch beim „Wie“ - also der Höhe des individuellen Netzentgelts - zu berücksichtigen sei. Zwar werde die Berechnung anhand der Kosten des physikalischen Pfads in der Verordnungsbegründung beispielhaft angesprochen. Ein alleiniges Abstellen auf diese Kosten sei jedoch nicht gewollt und lasse sich damit nicht rechtfertigen.

Die Ausgestaltung der Berechnung der Netzentgeltreduktion gemäß Tenorziffer 3.c) führe zu diskriminierenden Netzentgelten und verstoße somit gegen § 21 Abs. 1 EnWG. Die Höhe der individuellen Netzentgelte differiere zu Unrecht je nach Anschlusskonstellation trotz gleichwertigen Abnahmeverhaltens und identischer Erbringung einer netzstabilisierenden Wirkung.

Auch verstoße das alleinige Abstellen auf den physikalischen Pfad gegen Art. 107 f. AEUV. Beihilferechtlich sei anerkannt, dass diejenigen wirtschaftlichen Vorteile, die ein begünstigtes Unternehmen unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte, vom Beihilfebegriff des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfasst seien. In der netzstabilisierenden Wirkung sei dann eine angemessene Gegenleistung zu sehen, wenn diese ins Verhältnis zu einer

Netzentgeltreduzierung, die den individuellen Kostendämpfungsbeitrag des stromintensiven Letztverbrauchers berücksichtige, gesetzt werde. Dies sei im Rahmen der Festlegung nicht der Fall.

Im Übrigen sei die von der Bundesnetzagentur vorgesehene Berechnungsmethode auch in weiteren Details rechtswidrig. Insbesondere verstoße die Definition der geeigneten Erzeugungsanlage gegen höherrangiges Recht. Nach Tenorziffer 3.c)ii. kämen als geeignete Erzeugungsanlagen neben den herkömmlichen Grundlastkraftwerken auch solche Kraftwerke in Betracht, die unabhängig von ihrer tatsächlichen Verfügbarkeit grundsätzlich in der Lage seien, mit ihrer installierten Leistung den Strombedarf des betroffenen Letztverbrauchers kontinuierlich abzudecken. Der Ausschluss von Kraftwerken mit entsprechend geringerer Nennleistung anstelle einer möglichen anteiligen Berücksichtigung verstoße gegen § 19 Abs. 2-4 StromNEV und § 21 Abs. 1 EnWG. Die Nichtberücksichtigung sei mit dem Ziel einer Honorierung der netzstabilisierenden Wirkung des Abnahmeverhaltens stromintensiver Letztverbraucher nicht vereinbar. Die Regelung diskriminiere Letztverbraucher, in deren für die Ermittlung des physikalischen Pfads relevanter Umgebung nur Kraftwerke mit ungenügender Nennleistung angeschlossen seien. 49

Der gemäß Tenorziffer 3.c)vii. der Festlegung vorgesehene pauschale Sicherheitsabschlag für etwaige Leerkapazitäten i.H.v. 20 % stelle ebenfalls eine fehlerhafte Umsetzung der Vorgaben aus § 19 Abs. 2 S. 4 und 7 StromNEV und § 21 Abs. 1 EnWG dar. Die Festlegung des Abschlags sei nicht näher erläutert und in der Höhe erklärt. 50

Die in Tenorziffer 4. festgelegte Frist für die Anzeige der Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts durch die Bundesnetzagentur sei mit § 19 Abs. 2 StromNEV nicht vereinbar und die Festlegung daher insoweit aufzuheben. Es handele sich hierbei um eine behördliche Frist mit verfahrensrechtlicher und materiell-rechtlicher Ausschlusswirkung, da die Festlegung keine Möglichkeit zur Verlängerung der Anzeigefrist vorsehe. Materiell-rechtliche Ausschlussfristen unterlägen aufgrund ihrer rechtsvernichtenden Wirkung dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes. Zwar müsse die Ausschlusswirkung dabei nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt sein, sie müsse sich jedoch hinreichend eindeutig daraus ergeben. Dies sei hier nicht der Fall. § 19 Abs. 2 StromNEV selbst enthalte weder eine Frist für die Abgabe der Anzeige, noch eine Ermächtigung für die Festsetzung einer solchen in Form einer Ausschlussfrist. Die Vorgabe einer Ausschlussfrist entspreche auch nicht dem Willen des Verordnungsgebers. Obwohl dem Verordnungsgeber bei der letzten Neufassung die Problematik der erforderlichen Ermächtigungsgrundlage für die Bestimmung von Ausschlussfristen durch eine Regulierungsbehörde bekannt gewesen sei, habe er die Aufnahme einer Ermächtigung zur Bestimmung einer Ausschlussfrist unterlassen. Auch die Systematik der Regelung spreche gegen die zulässige Bestimmung einer Ausschlussfrist in der Festlegung. Der Letztverbraucher sei trotz der Einräumung eines eigenständigen Anzeigerechts zur Erfüllung der Voraussetzungen auf die Mitwirkung des Netzbetreibers angewiesen. Selbst wenn man nicht von einer materiellen Ausschlussfrist, sondern lediglich von einer behördlichen Verfahrensregulierung ausgehe, sei diese rechtswidrig. 51

Die Betroffene beantragt, 52

• 1. 534

• 536

a. Tenorziffer 3.a) des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 11.12.2013 zum Az. BK4-13-739 aufzuheben,	
• b. hilfsweise zum Antrag zu 1.a.: Tenorziffer 3. des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 11.12.2013 zum Az. BK4-13-739 aufzuheben,	57
• 2.	58
• a. Tenorziffer 3.c) des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 11.12.2013 zum Az. BK4-13-739 aufzuheben,	60
• b. hilfsweise zum Antrag zu 2.a.: Tenorziffer 3. des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 11.12.2013 zum Az. BK4-13-739 aufzuheben,	62
• 3.	63
• a. Tenorziffer 4. des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 11.12.2013 zum Az. BK4-13-739 soweit aufzuheben, als danach eine vollständige Anzeige der Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts bis zum 30.09 eines Kalenderjahres vorliegen muss,	65
• b. hilfsweise zum Antrag zu 3.a.: Tenorziffer 4. des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 11.12.2013 zum Az. BK4-13-739 aufzuheben,	67
• 4. hilfsweise für den Fall, dass einer der vorstehenden Anträge zu 1., 2., oder 3. vollständig zurückgewiesen wird, den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 11.12.2013 zum Az. BK4-13-739 insgesamt aufzuheben.	68
Die Bundesnetzagentur beantragt,	70
die Beschwerde zurückzuweisen.	71
Sie ist der Ansicht, die Festlegung sei rechtmäßig.	72
Zunächst sei die von ihr unter Tenorziffer 3.a) getroffene Regelung hinsichtlich des Ausschlusses kaufmännisch-bilanziellen Strombezugs rechtmäßig. Für die Privilegierung durch ein individuelles Netzentgelt gemäß § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV kämen lediglich solche Letztverbraucher in Betracht, die aufgrund ihres tatsächlichen, besonders stromintensiven Nutzungsverhaltens einen wesentlichen Beitrag zur Netzstabilität leisteten. Dies sei mit Blick auf die physikalische Auslastung des Netzes der allgemeinen Versorgung dann nicht der Fall, wenn der Strom nicht mehr vollständig aus diesem Netz, sondern zumindest teilweise von einer Eigenerzeugungsanlage bezogen werde.	73
Dem entspreche auch der Wortlaut des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV, der für die Netzentgeltreduzierung eine näher bestimmte „Stromabnahme aus dem Netz der allgemeinen Versorgung“ fordere. Außerdem gebiete es die Sachgerechtigkeit, allein auf das Netz der allgemeinen Versorgung abzustellen bzw. zu verlangen, dass die zur Gewährung der Netzentgeltreduktion erforderliche Stromentnahme aus diesem Netz zu erfolgen habe. Dies zeige sich insbesondere daran, dass die Ausfälle, die den Netzbetreibern durch die	74

Netzentgeltreduktion für die nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV privilegierten Letztverbraucher entstünden, bundesweit auf alle anderen Letztverbraucher abgewälzt würden. Bei der von der Betroffenen herangezogenen kaufmännisch-bilanziellen Einspeisung nach § 11 Abs. 2 EEG handele es sich um eine Ausnahmeregelung, die nicht auf § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV übertragbar sei. Die von der Betroffenen gerügten Widersprüche lägen nicht vor.

Der Anfechtungsantrag sei auch im Hinblick auf den Gesichtspunkt der Netzreservekapazität unbegründet. Die Betroffene verkenne, dass für die Voraussetzung von § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV allein das tatsächliche, physikalische Entnahmeverhalten des Letztverbrauchers maßgeblich sei. Die Ansicht der Betroffenen vom Gleichlauf von § 17 und § 19 StromNEV überzeuge nicht. § 19 StromNEV stelle vielmehr eine Ausnahmenvorschrift mit Blick auf § 17 Abs. 2 StromNEV dar. 75

Soweit die Betroffene im Hinblick auf ihren prozessualen Angriff gegen das der Festlegung zu Grunde liegende Konzept des physikalischen Pfades eine Teilanfechtungsbeschwerde in Bezug auf Tenorziffer 3.c) erhoben habe, sei diese Teilanfechtungsbeschwerde unzulässig, da die Festlegung insofern nicht teilbar sei. Keinesfalls könne eine Teilbarkeit innerhalb der Tenorziffer 3. angenommen werden, da die Verwaltungspraxis zu § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV insgesamt vom physikalischen Pfad abhängt. Zudem könne das Anzeigeverfahren in Anbetracht der Tatsache, dass die Betroffene eine seit 2005 in ständiger Praxis angewandte und im Markt im Kern über Jahre akzeptierte Methodik angreife, nicht aufrechterhalten werden. 76

Das Konzept des physikalischen Pfades sei seit Erlass der StromNEV im Jahr 2005 bis zum Jahr 2011 und nun wieder seit dem 01.01.2014 maßgebend für die Berechnung individueller Netzentgelte gemäß § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV. Es sei sachgerecht, die Netzdienlichkeit von Bandlastkunden mithilfe des physikalischen Pfades zu monetarisieren. Dem Letztverbraucher würden hierdurch die Kosten erstattet, die dieser einsparen würde, wenn er sich tatsächlich mittels einer Direktleitung an eine geeignete Erzeugungsanlage anschließen würde, womit zugleich die netzdienliche Wirkung, die allen übrigen Netznutzern kostensenkend zugute komme, entfiele. Eine noch weitergehende Reduzierung sei demgegenüber nicht statthaft, da der Bandlastkunde zumindest die Kosten tragen müsse, die er selbst unmittelbar verursacht habe. 77

Zu Unrecht gehe die Betroffene davon aus, eine „Verengung“ auf die Betrachtung des physikalischen Pfades sei nicht mit § 19 Abs. 2 S. 2-4 StromNEV vereinbar. Das Nutzungsverhalten, ausgedrückt durch Benutzungsstundenzahl sowie Stromentnahme in Gigawattstunden, sei relevant für die Frage, ob ein Letztverbraucher überhaupt in den Genuss der Sondervorschrift kommen könne. Eine ganz andere Frage sei, wie das individuelle Netzentgelt in einem zweiten Schritt konkret zu berechnen sei. Eine netzstabilisierende Wirkung werde im Rahmen von § 19 Abs. 2 S. 4 StromNEV nicht mehr vermutet, sondern sei konkret nachzuweisen. Dabei müsse, da sich das rein technische Phänomen einer netzstabilisierenden Wirkung nicht deckungsgleich in konkreten Netzentgelten abbilden lasse, eine Ausgestaltung durch ein klares Konzept erfolgen, das sich der technischen Wirkungsweise in bestmöglicher Weise annähere. Verordnungsrechtlicher Anknüpfungspunkt sei in § 19 Abs. 2 S. 4 StromNEV ausdrücklich der spezifische Kostensenkungsbeitrag. Auch die Verordnungsbegründung bestätige, dass bei der Bemessung und Genehmigung des individuellen Netzentgelts eine physikalische Komponente zu berücksichtigen sei. 78

Die Vorgaben in Tenorziffer 3.c) führten auch nicht zu diskriminierenden Ergebnissen im Sinne von § 21 EnWG. Zwar sei der von der Betroffenen gerügte Effekt der fallenden 79

Netzentgelte bei geringer Entfernung vom relevanten Kraftwerk zutreffend. Darin liege aber keine rechtswidrige Ungleichbehandlung. Eine Schlechterstellung von Letztverbrauchern mit größerer Entfernung zum Grundlastkraftwerk sei sachgerecht, da diese tendenziell einen geringeren Beitrag zur Netzstabilität leisteten als Letztverbraucher, die sich in unmittelbarer Nähe der relevanten Erzeugungsanlage befänden. Dem Gegenleistungsgedanken in Art. 107 f. AEUV werde ebenfalls hinreichend Rechnung getragen.	
Soweit im Schriftsatz der Betroffenen auf ein Parteigutachten verwiesen werde, sei das dort vorgestellte Alternativmodell bereits nicht praktikabel. Zudem sei es aber systematisch zu verwerfen, weil entgegen § 19 Abs. 2 S. 4 StromNEV die individuell zurechenbaren Beiträge eines Letztverbrauchers zur Vermeidung der Erhöhung oder zur Senkung der Netzkosten nicht angemessen berücksichtigt würden.	80
Die konkrete Ausgestaltung des physikalischen Pfads im Hinblick auf die Definition der geeigneten Erzeugungsanlage sei sachgerecht. Schon die Verordnungsbegründung fordere eine Differenzierung zwischen geeigneten und nicht geeigneten Erzeugungsanlagen. Sie habe in ihrer Festlegung eine ausgewogene Abgrenzung statuiert.	81
Unsubstantiiert sei die Kritik der Betroffenen am pauschalen Sicherheitsabschlag. In der Regel würden die jeweiligen Betriebsmittel vom Netzbetreiber nicht vollständig ausgelastet. Durch den pauschalen Sicherheitsabschlag in Höhe von 20 Prozentpunkten solle eine Entlastung aller Beteiligten erzielt werden. Dies sei auch aus Gründen der Verfahrensökonomie sachgerecht.	82
Auch sei die in Tenorziffer 4. in Verbindung mit der Festlegungsbegründung statuierte Ausschlussfrist rechtmäßig. Für das Jahr 2014 habe sie sich bereit erklärt, in begründeten Ausnahmen eine Ergänzung von im Zeitpunkt des Fristablaufs zum 30.09.2014 unvollständigen Anzeigeunterlagen bis zum 31.12. zuzulassen und auf ein mögliches Untersagungsverfahren gemäß § 19 Abs. 2 S. 8 StromNEV zu verzichten. Darüber hinaus sei die Anzeigefrist auch isoliert betrachtet rechtmäßig. Die Festlegung einer Anzeigefrist zum Stichtag 30.09. sei im Hinblick auf die Systematik der Netzentgeltbildung und Netzentgeltabrechnung geboten und sachgerecht. Die Nachteile für die Allgemeinheit bei einer über Jahre fortbestehenden Möglichkeit einer nachträglichen Vereinbarung von individuellen Netzentgelten für vergangene Zeiträume wären beträchtlich. Etwaige unbillige Härten ließen sich im Wege der Verwaltungspraxis auffangen.	83
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang der Regulierungsbehörde und das Protokoll der Senatssitzung vom 29. April 2015 Bezug genommen.	84
<u>B.</u>	85
Die Beschwerde der Betroffenen hat keinen Erfolg.	86
Ob die einzelnen Anfechtungsanträge der Betroffenen, die Festlegung teilweise aufzuheben, zulässig sind oder mangels Teilbarkeit über die Hilfsanträge zu entscheiden wäre, kann offen bleiben. Auf eine Teilbarkeit der Festlegung kommt es nicht an, da die Angriffe insgesamt unbegründet sind.	87
1. § 19 Abs. 2 StromNEV in der Fassung vom 14.08.2013 sieht die Möglichkeit der Bildung individueller Netzentgelte vor. So ist nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV ein individuelles	88

Netzentgelt anzubieten, wenn die Stromabnahme aus dem Netz der allgemeinen Versorgung für den eigenen Verbrauch an einer Abnahmestelle pro Kalenderjahr sowohl die Benutzungsstundenzahl von mindestens 7000 Stunden im Jahr erreicht als auch der Stromverbrauch an dieser Abnahmestelle pro Kalenderjahr zehn Gigawattstunden übersteigt.

Diese Voraussetzungen hat die Bundesnetzagentur durch die hier streitgegenständliche aufgrund der Ermächtigungsgrundlage in § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 30 Abs. 2 Nr. 7 StromNEV erlassene Festlegung konkretisiert. Mit der Ermächtigung zur Konkretisierung der sachgerechten Ermittlung individueller Netzentgelte ist naturgemäß ein Gestaltungsauftrag der Regulierungsbehörde verbunden, in dessen Rahmen die Regulierungsbehörde allerdings nicht völlig frei ist, sondern die ihr durch höherrangiges Recht und insbesondere durch § 19 Abs. 2 StromNEV vorgegebenen Grenzen zu beachten hat. Dabei kommt der Regulierungsbehörde ein Beurteilungsspielraum zu, der hinsichtlich der Beachtung der gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Vorgaben gerichtlich voll überprüfbar ist (vgl. BGH, Beschluss vom 05.10.2010, EnVR 49/09, Rdnr. 8; Senat, Beschluss vom 06.06.2012, VI-3 Kart 356/07 (V), Rn. 20 bei juris). 89

2. Unter Beachtung dieser Grundsätze ist der Antrag zu 1. insgesamt unbegründet, weil die Bundesnetzagentur in Tenorziffer 3.a) der Festlegung zu Recht festgelegt hat, dass im Rahmen der Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV allein auf den physikalischen Strombezug aus dem Netz der allgemeinen Versorgung abzustellen ist. Kaufmännisch-bilanziell aus dem Netz der allgemeinen Versorgung entnommene Strommengen finden grundsätzlich keine Berücksichtigung. Der Strombezug aus vertraglich vereinbarten Netzreservekapazitäten wird als physikalische Entnahme aus dem Netz der allgemeinen Versorgung berücksichtigt. 90

a) Zu Recht gibt die Festlegung insoweit vor, dass bei der Ermittlung des Strombezugs der kaufmännisch-bilanziell verrechnete Strombezug außer Betracht zu bleiben hat. Bei der sog. „kaufmännisch-bilanziellen Verrechnung“ wird der Strom nicht vollständig aus dem Netz der allgemeinen Versorgung, sondern zumindest teilweise aus unmittelbar angeschlossenen Erzeugungsanlagen bezogen. Die Besonderheit des kaufmännisch-bilanziellen Abrechnungsverfahrens besteht darin, dass Grundlage für die Vergütung nicht allein die tatsächlich (physikalisch) in das Netz der allgemeinen Versorgung eingespeiste Strommenge ist. Vielmehr wird zu der tatsächlich in ein Netz der allgemeinen Versorgung eingespeisten Strommenge die vom Erzeuger selbst oder in einem vorgelagerten Arealnetz verbrauchte Elektrizität addiert (BGH, Urteil vom 27.03.2012, EnVR 8/11, bei juris Rn. 12). Der kaufmännisch-bilanziell verrechnete Strom wird sowohl hinsichtlich der Förderung nach dem EEG als auch hinsichtlich der allgemeinen Netzentgelte wie physikalisch tatsächlich aus dem Netz der allgemeinen Versorgung bezogener Strom behandelt. 91

Die abweichende Behandlung des kaufmännisch-bilanziellen Strombezugs im Bereich der individuellen Netzentgelte durch die Bundesnetzagentur ist jedoch nicht zu beanstanden. 92

aa) Hierfür spricht bereits der Wortlaut des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV. Als maßgeblichen Ort der Stromentnahme nennt dieser ausdrücklich das Netz der allgemeinen Versorgung. Entscheidend für die Ausnahme des kaufmännisch-bilanziellen Bezugs spricht jedoch der Sinn und Zweck der vom Ordnungsgeber in § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV getroffenen Regelung. 93

Der Ordnungsgeber führt hierzu in der Gesetzesbegründung (BR-Drucks. 447/13 zu Nummer 7, S. 15 f.) ausdrücklich aus, erst ab der geforderten Benutzungsstundenzahl könne man technisch von einer dauerhaften Stromentnahme (Bandlast) ausgehen, der eine 94

entsprechende Grundlast auf der Erzeugungsseite gegenüber stehen müsse. Ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Grundlast und Bandlast sei für die Netzstabilität unerlässlich. Durch die über das Jahr nahezu konstante Nachfrage werde die relative Schwankungsbreite der gesamten Last reduziert. Dies führe zu einer besseren Prognostizierbarkeit sowie zu einer effizienteren Auslastung des gesamten Kraftwerksparks und damit zu positiven Auswirkungen auf die Versorgung aller Netzkunden. Die gleichmäßige Nachfrage über das Jahr wirke sich ebenfalls positiv auf die Prognostizierbarkeit notwendiger Infrastruktur aus. Betroffene Netzbetreiber müssten lediglich für oberhalb der relativ sicheren Bandlast liegende Verbrauchsschwankungen Prognoseunsicherheiten hinnehmen und diese ggf. durch zulässigen Netzausbau ausgleichen. Zudem gebe es netztechnische Gründe, die dafür sprächen, Kunden mit konstanter Last ein reduziertes Netzentgelt zu gewähren. Diese erleichterten beispielsweise die Spannungserhaltung. Daneben sei zu berücksichtigen, dass die Auslegung der Netzinfrastrukturen unter Zuhilfenahme von Gleichzeitigkeitsfaktoren erfolge. Um die gleiche Energiemenge ohne konstante Verbraucher bereitstellen zu können, seien deutlich stärkere Anlagen erforderlich.

Die vom Ordnungsgeber dargelegten Effekte entstehen im Netz der allgemeinen Versorgung aber nur dann, wenn die Stromentnahme auch tatsächlich stattfindet. Einer fiktiven, nur aus kaufmännisch-bilanziellen Gründen angenommenen, Stromentnahme kommen diese Wirkungen nicht zu. Lediglich tatsächlich und unmittelbar entnommene Strommengen können eine physikalische stabilisierende Wirkung für das Netz der allgemeinen Versorgung haben und verdienen daher auch die Privilegierung durch eine Netzentgeltreduktion.

95

Dem steht auch nicht entgegen, dass die netzstabilisierende Wirkung nicht im Einzelfall auf ihr Vorliegen überprüft wird, sondern ab dem Vorliegen der in § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV genannten Schwellenwerte vermutet wird. Der Ordnungsgeber verfügt insoweit über eine Einschätzungsprärogative, von der er ausweislich der Verordnungsbegründung (BR-Drucks. 447/13 vom 29.05.2013, S. 16) auch Gebrauch gemacht hat. Dort heißt es zur geforderten Benutzungsstundenzahl von mindestens 7.000 Stunden jährlich ausdrücklich, erst ab einer derart hohen Benutzungsstundenzahl könne man technisch von einer dauerhaften Stromentnahme (Bandlast) ausgehen, der eine entsprechende Grundlast auf der Erzeugungsseite gegenüber stehen müsse. Diese bei einer bestimmten Benutzungsstundenzahl vom Ordnungsgeber vermuteten Effekte können aber nur bei einer physikalischen Stromentnahme aus dem Netz der allgemeinen Versorgung eintreten.

96

bb) Dies entspricht auch dem vom Bundesgerichtshof für die allgemeinen Netzentgelte nach § 17 StromNEV aufgestellten Grundsatz, nach dem sich die Höhe der Netzentgelte nach der physikalischen Entnahme aus dem Netz der allgemeinen Versorgung richtet (vgl. hierzu und zum Folgenden: BGH, Beschluss vom 27.03.2012, EnVR 8/11 bei juris Rn. 10 ff.).

97

Zwar hat der Bundesgerichtshof eine Ausnahme von dem Erfordernis der gemessenen physikalischen Entnahme dann bejaht, wenn der Netznutzer aus Erneuerbaren Energien gewonnenen Strom in das Netz der allgemeinen Versorgung „einspeist“ und gemäß § 8 Abs. 2 EEG in der Fassung vom 28.07.2011 (gültig vom 01.01.2012 bis zum 31.07.2014, im Folgenden a.F.) kaufmännisch-bilanziell abrechnet. In diesem Fall sei ein Eigenverbrauch des Erzeugers oder der Verbrauch in einem vorgelagerten Arealnetz, in das der aus Erneuerbaren Energien gewonnene Strom vor der Weitergabe an ein Netz der allgemeinen Versorgung zunächst eingespeist werde, als Nutzung des Netzes der allgemeinen Versorgung anzusehen, an das er kaufmännisch-bilanziell abgegeben werde. Des Weiteren hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass Konzessionsabgaben gleichfalls infolge der

98

fingierten Vorverlagerung der Netznutzung geschuldet seien, weil auch insoweit der Erzeuger Erneuerbarer Energien, der kaufmännisch-bilanziell abrechne, gegenüber dem direkt einspeisenden und aus dem Netz entnehmenden Erzeuger nicht bevorzugt werden dürfe (BGH, Urteil vom 12.07.2013, EnZR 73/12 bei juris Rn. 8). Der Bundesgerichtshof hat es in der vorgenannten Entscheidung allerdings ausdrücklich offen gelassen, ob die Möglichkeit einer Befreiung von Netznutzungsentgelten aufgrund des § 19 Abs. 2 StromNEV in der Fassung vom 26.07.2011 auch für Fälle kaufmännisch-bilanzieller Durchleitung in Betracht komme (BGH, a.a.O., bei juris Rn. 7).

Die Übertragbarkeit des Prinzips kaufmännisch-bilanzieller Einspeisung nach § 8 Abs. 2 EEG a.F. als Ausnahme zu dem Erfordernis der gemessenen physikalischen Entnahme auf die Voraussetzungen für individuelle Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV ist abzulehnen. Zur Begründung der Entgeltspflichtigkeit des kaufmännisch-bilanziell nach § 8 Abs. 2 EEG a.F. „eingespeisten“ Stroms hat der Bundesgerichtshof angeführt, dass andernfalls eine nicht rechtfertigbare Besserstellung der Anlagenbetreiber, die kaufmännisch-bilanziell abgerechneten Strom einspeisen, gegenüber jenen Anlagenbetreibern, die unmittelbar in das Netz der allgemeinen Versorgung einspeisen, entstehen würde. Darüber hinaus hätte eine einseitige Einspeisefiktion zur Konsequenz, dass der Bilanzkreis nicht ausgeglichen wäre, was einen Verstoß gegen § 4 Abs. 2 StromNZV darstelle (vgl. BGH, Beschluss vom 27.03.2012, EnVR 8/11, Rn. 14 f. bei juris). Beide Begründungen sind im Rahmen der Privilegierung nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV nicht einschlägig. Im Gegensatz zur Regelung des § 8 Abs. 2 EEG a.F. geht es im Rahmen von § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV nicht um die möglichst effektive und gleichzeitig diskriminierungsfreie Förderung der EEG-Stromerzeugung, sondern allein um die Honorierung von netzstabilisierenden Stromentnahmen aus der Netz der allgemeinen Versorgung, die aus den aufgezeigten Gründen auch tatsächlich, also physikalisch, stattfinden muss. 99

Hierin ist keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung zwischen den Letztverbrauchern, die die Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV bei einer rein physikalischen Betrachtungsweise erreichen und der Gruppe von Letztverbrauchern, die aufgrund der Tatsache, dass ihre (Eigen-) Erzeugungsanlagen nicht direkt an das Netz der allgemeinen Versorgung angeschlossen sind und aufgrund der eigenen Stromentnahme aus ihren Erzeugungsanlagen die für ein individuelles Netzentgelt maßgeblichen Voraussetzungen nicht erreichen, zu sehen. Fraglich ist insoweit bereits, ob mit Blick auf die individuellen Netzentgelte überhaupt eine Ungleichbehandlung von vergleichbaren Sachverhalten gegeben ist. Jedenfalls ist diese Ungleichbehandlung in Ansehung des für die individuellen Netzentgelte zentralen Gesichtspunktes der netzstabilisierenden Wirkung gerechtfertigt. Auch führt die Beschränkung der Entgeltprivilegierung auf physikalisch aus dem Netz der allgemeinen Versorgung entnommenen Strom nicht zu Störungen des Bilanzkreises. Denn die Festlegung enthält keine Vorgaben für die Berechnung der allgemeinen Netzentgelte. Der Bilanzkreis bleibt durch sie unbeeinträchtigt. Sie regelt vielmehr ausschließlich die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts. 100

Insoweit ist auch kein Gleichlauf zwischen § 17 und § 19 StromNEV geboten, weil ansonsten zwar Netzentgelte für den EEG-Ersatzstrom zu entrichten wären, zugleich aber die Anwendung der Regelungen zur Bildung individueller Netzentgelte ausgeschlossen sind. Nach der Verordnungsbegründung zu § 19 StromNEV ist die Bandlast des Letztverbrauchers und deren netzstabilisierende Wirkung für die Entgeltprivilegierung maßgeblich. Es erscheint zwar möglich, dass dies im Einzelfall zu volkswirtschaftlich unsinnigen Aufwendungen der Letztverbraucher führen könnte, die dann entstünden, wenn der Erzeuger von Elektrizität aus Erneuerbaren Energien eine Direktleitung in ein Netz der allgemeinen Versorgung herstellen 101

würde, um in den Genuss der Entgeltprivilegierung nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV zu gelangen, was durch die Einführung des § 8 Abs. 2 EEG a.F. vermieden werden sollte (vgl. hierzu ausführlich BGH, Beschluss vom 27.03.2012, ENVR 8/11, bei juris Rn. 15). Nach der Verordnungsbegründung zur Neufassung des § 19 StromNEV soll jedoch die positive Wirkung für die Bandlast belohnt werden, die bei der kaufmännisch-bilanziellen Abrechnung nicht eintritt.

Die gerügten Unklarheiten und Wertungswidersprüche innerhalb der Festlegung liegen nicht vor. So ist bereits nicht nachvollziehbar, dass die Ausführungen auf Seite 52 der Festlegung zu der Frage, wann Nutzer einer Kundenanlage einen Anspruch auf ein individuelles Netzentgelt haben könnten, widersprüchlich, jedenfalls aber unklar sein sollen. Dort heißt es, dass Betreiber von Kundenanlagen im Sinne von § 3 Nr. 24 a/b EnWG grundsätzlich berechtigt sind, individuelle Netzentgeltvereinbarungen nach § 19 Abs. 2 S. 1 bis 4 StromNEV mit dem Netzbetreiber abzuschließen, wenn sie die in § 19 S. 1 und S. 2-4 genannten Voraussetzungen erfüllen. Die übrigen Nutzer der Kundenanlage hätten dann einen entsprechenden Anspruch gegen den vorgelagerten Netzbetreiber, wenn sie über einen abrechnungsrelevanten Zählpunkt im Sinne von § 20 Abs. 1d EnWG verfügten. Die Festlegung stellt insoweit klar, dass für die Voraussetzungen der Netzentgeltreduktion auf den konkreten Letztverbraucher abzustellen ist und eine Zusammenfassung von in einer Kundenanlage angeschlossenen Letztverbrauchern nicht zu erfolgen hat. Die Festlegung zielt auf die Privilegierung einzelner stromintensiver Letztverbraucher ab. 102

Es bestehen auch keine Wertungswidersprüche bei der Behandlung von Letztverbrauchern in geschlossenen Verteilernetzen und in Kundenanlagen angeschlossenen dritten Letztverbrauchern einerseits und Letztverbrauchern, die zugleich Kundenanlagenbetreiber sind, andererseits. Für Letztverbraucher in geschlossenen Verteilernetzen kommt es für die Erfüllung der Voraussetzungen eines individuellen Netzentgelts auf die physikalische Entnahmemenge aus dem geschlossenen Verteilernetz an, das seinerseits an das Netz der allgemeinen Versorgung angeschlossen ist. Für dritte Letztverbraucher innerhalb einer Kundenanlage, die einen abrechnungsrelevanten Zählpunkt gemäß § 20 Abs. 1d EnWG haben, kommt es für die Ermittlung des Anspruchs auf ein individuelles Netzentgelt auf das Erreichen der Voraussetzungen an diesem abrechnungsrelevanten Zählpunkt, der innerhalb der Kundenanlage liegen kann, an. Das Messergebnis am Zählpunkt zwischen der Kundenanlage und dem Netz der allgemeinen Versorgung ist für die Ermittlung der Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV unerheblich. Für die Anlagenbetreiber, die auch selbst Energie erzeugen, kommt es dagegen auf das Messergebnis der Kundenanlage, also auf die von ihm unmittelbar aus dem Netz der allgemeinen Versorgung entnommene Menge, an. Die unterschiedliche Behandlung von Kundenanlagenbetreibern einerseits und in geschlossenen Verteilernetzen und Kundenanlagen angeschlossenen Drittverbrauchern in Bezug auf die für den Verbrauch maßgebliche Entnahmestelle folgt jedoch aus der nachvollziehbaren Erwägung, dass der stromintensive Verbraucher eigenerzeugten Stroms nur in dem Maße privilegiert werden soll, in dem sich aus seinem Verbrauchsverhalten positive Auswirkungen für das Netz der allgemeinen Versorgung ergeben. Dies ist nicht der Fall, soweit der Kundenanlagenbetreiber in der Kundenanlage Strom selbst erzeugt und unmittelbar verbraucht. Dagegen sollen Verbraucher fremderzeugten Stroms nicht deswegen schlechter gestellt werden, weil sie nicht unmittelbar an das Netz der allgemeinen Versorgung, sondern an ein geschlossenes Verteilernetz oder in einer Kundenanlage angeschlossen sind. 103

Soweit anders als bei § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV im Rahmen der Voraussetzungen des individuellen Netzentgelts bei atypischer Netznutzung nach § 19 Abs. 2 S. 1 StromNEV der 104

physikalische Strombezug aus dem Netz der allgemeinen Versorgung aufgrund des Bezugs negativer Regelenergie nicht berücksichtigt wird, führt dies ebenfalls nicht zur Rechtswidrigkeit der in Tenorziffer 3.a) getroffenen Regelung. Eine Gleichbehandlung beider Privilegierungstatbestände ist nicht zwingend geboten, weil die Zielrichtung der Netzentgeltreduktion des § 19 Abs. 2 S. 1 StromNEV sich von der Zielrichtung des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV unterscheidet. Zwar soll mit beiden Vorschriften im Ergebnis eine netzstabilisierende Wirkung des jeweiligen Letztverbrauchers honoriert werden. Im Gegensatz zu der netzstabilisierenden Wirkung aufgrund der vom Letztverbraucher generierten Bandlast ist die netzstabilisierende Wirkung, die mit einer Reduktion des zu zahlenden Netzentgelts nach § 19 Abs. 2 S. 1 StromNEV belohnt wird, aber eine andere. Der atypische Letztverbraucher, bei dem der überwiegende Teil seines Strombezugs in die Schwachlastzeit des Netzes fällt und dessen individuelle Lastspitze in der Schwachlastzeit des Netzes liegt, sorgt für eine größere Netzstabilität, weil Lastschwankungen zwischen Höchstlast- und Nebenzeiten geringer werden. Die Anknüpfungspunkte für die jeweiligen Netzentgeltreduzierungsstatbestände sind somit unterschiedlich, so dass unterschiedliche Betrachtungsweisen im Rahmen der Voraussetzungen nicht zwangsläufig zu Wertungswidersprüchen führen.

b) Der Antrag zu 1. ist auch im Hinblick auf die Netzreservekapazität unbegründet. 105
Rechtsfehlerfrei hat die Bundesnetzagentur in Tenorziffer 3.a) der Festlegung angeordnet, dass die Leistungsanspruchnahme auf Grund des Ausfalls von Eigenerzeugungsanlagen, die über Netzreservekapazität entgolten wird, bei den Voraussetzungen von § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV Berücksichtigung findet.

Die Regelung ist zunächst nicht wegen ihrer Bezugnahme auf Tenorziffer 3.c) unklar. Mit der 106
Inbezugnahme von Tenorziffer 3.c) wird lediglich festgehalten, dass eine Berücksichtigung von Leistungsspitzen, die mit Netzreservekapazitäten abgegolten werden, bei der Ermittlung der Voraussetzungen eines individuellen Netzentgelts nur in Betracht kommt, soweit im Rahmen der Verrechnung der Kosten des physikalischen Pfads auch Kosten für Netzreservekapazität einzubeziehen sind. Dies ist ausweislich der Tenorziffer 3.c) iv. nur dann der Fall, wenn der physikalische Pfad aus einem Verteilernetz hinaus in ein Übertragungsnetz führt.

Auch im Übrigen ist die Regelung zur Netzreservekapazität rechtmäßig. Die von der 107
Betroffenen geforderte Nichtberücksichtigung von Leistungsspitzen aufgrund der Inanspruchnahme von Netzreservekapazitäten im Rahmen der Jahreshöchstlast würde sich positiv auf die Höhe der Benutzungsstundenzahl auswirken, da die Benutzungsstundenzahl mittels der Formel „Gesamtjahresarbeit durch Jahreshöchstlast“ ermittelt wird. Die von der Bundesnetzagentur getroffene Regelung entspricht jedoch den bereits dargelegten Zielsetzungen des Ordnungsgebers, die stabilisierende Bandlast eines Letztverbrauchers durch unmittelbare physikalische Entnahmen aus dem Netz der allgemeinen Versorgung zu berücksichtigen. Insoweit braucht nicht entschieden zu werden, inwieweit sich die Inanspruchnahme von Netzreservekapazitäten auf die nach dem Willen des Ordnungsgebers zu privilegierende Bandlast tatsächlich auswirkt. Denn der Ordnungsgeber hat die Vermutung aufgestellt, dass diese Wirkung ab einer bestimmten Benutzungsstundenzahl (und einem bestimmten Verbrauch) eines Letztverbrauchers eintritt. Nach der Formel zur Benutzungsstundenzahl fließt jedoch die Jahreshöchstlast als Divisor ein. Zwingende Gründe, hierbei die Leistungsspitzen durch Netzreservekapazitäten nicht zu berücksichtigen, bestehen nicht. Denn bei dem Abruf von Netzreservekapazitäten erfolgt eine tatsächliche Inanspruchnahme des Netzes der allgemeinen Versorgung.

Auch ist insoweit ein „Gleichlauf“ der Vorschriften der § 17 StromNEV und § 19 StromNEV nicht zwingend. Zwar wird für die Inanspruchnahme von Strommengen aus vertraglich vereinbarten Netzreservekapazitäten nicht das allgemeine Netzentgelt nach § 17 StromNEV, sondern lediglich ein gesondertes (bereits reduziertes Netzentgelt) gezahlt. Es besteht jedoch kein Anlass, bei der Ermittlung der Voraussetzungen für ein individuelles Netzentgelt nur den Verbrauch einzubeziehen, für den das allgemeine Netzentgelt nach § 17 StromNEV gezahlt wurde. Vielmehr soll das individuelle Netzentgelt nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV ein tatsächliches stromintensives Verbrauchsverhalten privilegieren.

3. Der Antrag zu 2. ist ebenfalls insgesamt unbegründet, da die von der Bundesnetzagentur gewählte Berechnungsmethode mittels des physikalischen Pfads nicht zu beanstanden ist. 109

a) Die Bemessung des individuellen Netzentgelts nach § 19 Abs. 2 S. 2 und 3 StromNEV ist in § 19 Abs. 2 S. 4 StromNEV geregelt. Sie soll den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder zu einer Vermeidung der Kosten der Netz- oder Umspannebene, an die der Letztverbraucher angeschlossen ist, widerspiegeln. 110

Die festgelegte Berechnungsmethode verstößt nicht gegen § 19 Abs. 2 S. 4 StromNEV, weil die Konkretisierung der Verordnung durch die Bundesnetzagentur insoweit dem in der Verordnungsbegründung ausdrücklich manifestierten Willen des Verordnungsgebers zur Neufassung der § 19 Abs. 2 S. 3 und 4 StromNEV (BR-Drs. 447/13, S. 17) entspricht. Der Verordnungsgeber hat sich entschieden, vom Konzept der vollständigen Befreiung wieder abzuweichen und stattdessen zu dem bereits 2005 bis 2011 geltenden Konzept eines reduzierten individuellen Netzentgelts für stromintensive Verbraucher zurückzukehren. Der Verordnungsgeber führt hierzu aus: 111

„Ab dem 1. Januar 2014 ist bei der Bemessung und Genehmigung des individuellen Netzentgelts die mit dem neuen Satz 4 wieder eingeführte physikalische Komponente zu berücksichtigen. Mit Satz 4 wird gewährleistet, dass bei der Bemessung der Höhe des reduzierten Netzentgelts die Auswirkungen des Abnahmeverhaltens auf das Netz und damit die netzdienliche bzw. –stabilisierende Wirkung des Letztverbrauchers bei der Höhe der Reduzierung zu berücksichtigen sind. Das individuelle Netzentgelt nach § 19 Absatz 2 Satz 2 und 3 wird abhängig vom Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder zu einer Vermeidung der Erhöhung der Kosten der Netz- oder Umspannebene, an die der Letztverbraucher angeschlossen ist, gebildet. In diesem Zusammenhang können z. B. die Differenz der Kosten eines fiktiven Direktleitungsbaus vom Netzanschlusspunkt und den allgemeinen Netzentgelten, die vom Letztverbraucher zu zahlen wären, als Entlastungsbeitrag berücksichtigt werden. Denkbar wäre dabei, als Maßstab für die Berechnung der Kosten des Direktleitungsbaus, die Entfernung zu einer geeigneten Erzeugungsanlage in unmittelbarer Nähe des Letztverbrauchers heranzuziehen und danach die Höhe eines individuellen Netzentgelts zu bestimmen. Dadurch wird ein eventueller „Leistungs-Gegenleistungs-Effekt“ stärker als bisher hervorgehoben.“ 112

Aus der Verordnungsbegründung geht somit unmissverständlich hervor, dass das konkrete Abnahmeverhalten zwar im Rahmen der Voraussetzungen und im Rahmen der gestaffelten Untergrenzen individueller Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 S. 3 StromNEV Berücksichtigung finden soll. Im Rahmen der Bemessung der jeweiligen individuellen Netzentgelte sieht der Verordnungsgeber aber die von der Bundesnetzagentur gewählte Berechnungsmethode anhand des physikalischen Pfads von der Abnahmestelle zu einer geeigneten Erzeugungsanlage als zulässig an. Zwar wird diese Methode lediglich beispielhaft erwähnt. Es deutet jedoch nichts darauf hin, dass – wie die Betroffene meint – der Verordnungsgeber die von ihm angesprochene Methode nicht als alleinige Berechnungsmethode, sondern nur in 113

Kombination mit einer das konkrete Abnahmeverhalten berücksichtigenden Methode gelten lassen wollte. Vielmehr stellt der Ordnungsgeber ausdrücklich klar, dass nach seinem Willen die Differenz der Kosten eines fiktiven Direktleitungsbaus vom Netzanschlusspunkt und den allgemeinen Netzentgelten, die vom Letztverbraucher zu zahlen wären, als Entlastungsbeitrag berücksichtigt werden können. Die Formulierung, die Differenz könne als Entlastungsbeitrag berücksichtigt werden, spricht eindeutig dafür, dass der Ordnungsgeber diese Berechnungsmethode als alleinige Berechnungsmethode für zulässig erachtet hat.

b) Die § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV konkretisierende Festlegung verstößt auch nicht gegen die 114 in § 21 EnWG festgelegten Grundsätze zur Netzentgeltermittlung. Insbesondere ist sie sachgerecht und diskriminierungsfrei ausgestaltet.

Insoweit kann dahinstehen, ob durch den physikalischen Pfad der Umfang der 115 netzstabilisierenden Wirkung der einzelnen Bandlastkunden berücksichtigt wird.

Dies war wohl zumindest noch die Meinung des Ordnungsgebers zu § 19 StromNEV 2005 116 bei der Einführung der Regelung von individuellen Netzentgelten (BR-Drs. 245/05, S. 40). Dort ist folgendes ausgeführt:

„Zu den besonderen Verhältnissen, die in diesem Fall zu berücksichtigen sind, gehört auch, 117 dass viele große Letztverbraucher ... in unmittelbarer Nähe großer Stromerzeugungsanlagen liegen, so dass im Normalfall geringe Leitungsverluste bei ihrer Belieferung auftreten.“

Die Betroffene meint dagegen, insbesondere durch das von ihr vorgelegte Gutachten (Anlage 118 BF 5) belegt zu haben, dass der Umfang der nach dem Willen des Ordnungsgebers zu privilegierenden netzstabilisierenden und sonstigen netzdienlichen Wirkungen von Bandlastkunden nicht in Abhängigkeit von der Entfernung der Abnahmestelle des Letztverbrauchers zu einer im Sinne der Festlegung geeigneten Erzeugungsanlage bzw. zu einem Netzknotenpunkt steht und hat zu dieser Frage die Einholung eines Sachverständigengutachtens durch das Gericht beantragt.

Das beantragte Sachverständigengutachten war jedoch nicht einzuholen, weil es auch unter 119 Berücksichtigung der in § 21 EnWG enthaltenen Grundsätzen nicht zwingend auf die Frage des Umfangs der konkreten netzstabilisierenden oder sonstigen netzdienlichen Wirkung des Abnahmeverhaltens des einzelnen Bandlastkunden ankommt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Umfang der netzstabilisierenden bzw. netzdienlichen Wirkung des konkreten Bandlastkunden nicht messbar oder sonst quantifizierbar ist und sich daher die Wirkungen des Abnahmeverhaltens nicht unmittelbar auf eine angemessene Netzentgeltreduzierung übertragen lassen. Der Umfang der netzdienlichen Wirkung hängt nicht allein von den in § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV genannten Kriterien des Jahresstromverbrauchs und der Benutzungsstundenzahl ab. Vielmehr sind eine Vielzahl weiterer Umstände, wie insbesondere auch die den einzelnen Bandlastkunden umgebende Netzstruktur, von Bedeutung.

Die Bundesnetzagentur hat entsprechend dem Willen des Ordnungsgebers einen anderen 120 Ansatz gewählt. Sie begründet die Einführung der Methode des physikalischen Pfads damit, dass gerade stromintensive Unternehmen mit netzdienlicher Wirkung aus Gründen der Kostenersparnis erwägen könnten, aus der Netznutzergemeinschaft auszubrechen und eine Direktleitung zum nächstgelegenen Grundlastkraftwerk zu errichten. Dies hätte zur Folge, dass diese Kapazitätsanteile als Deckungsbeitrag für das Netz der allgemeinen Versorgung gänzlich entfielen und dem Zugriff der Netzsteuerung der allgemeinen Versorgung entzogen

würden. Der rationale stromintensive Kunde würde aber dann keine eigene Direktleitung errichten, wenn seine Kosten aus dem Anschluss am Netz der allgemeinen Versorgung nicht höher wären als die Kosten der Selbsterstellung eines Anschlusses. Dieser Opportunitätskostenansatz quantifiziere somit die individuelle Bereitschaft, einen individuellen Beitrag zur Netzstabilität weiter zu leisten.

Dieser Berechnungsansatz erscheint im Grundsatz sachgerecht. Stromintensive Letztverbraucher zahlen danach nur noch Netzentgelte in der Höhe der Kosten, die dann anfallen würden, wenn sie sich direkt an eine große Erzeugungsanlage anschließen würden. Dem Letztverbraucher werden quasi als Gegenleistung für seinen Beitrag zur Netzstabilität diejenigen Kosten erstattet, die dieser einsparen würde, wenn er sich unmittelbar über eine Direktleitung an eine in seiner Nähe befindlich Erzeugungsanlage anschließen würde. 121

Auch liegt in dem durch die Berechnungsmethode des physikalischen Pfads begründeten Effekt der fallenden Netzentgelte bei geringer Entfernung vom relevanten Kraftwerk keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von Letztverbrauchern, deren Abnahmestellen in der Nähe geeigneter Erzeugungsanlagen liegen und Letztverbrauchern in ländlichen Gegenden, deren Abnahmestellen oftmals weiter entfernt von geeigneten Erzeugungsanlagen liegen. Dies gilt unabhängig davon, ob es zutrifft, dass Letztverbraucher mit größerer Entfernung zum Grundlastkraftwerk tendenziell einen geringeren Beitrag zur Netzstabilität leisten als Letztverbraucher, die sich in unmittelbarer Nähe der relevanten Erzeugungsanlage befinden. Denn durch die gewählte Berechnungsmethode sollen dem Letztverbraucher - wie bereits ausgeführt - als Gegenleistung für seinen Beitrag zur Netzstabilität diejenigen Kosten erstattet werden, die dieser einsparen würde, wenn er sich unmittelbar über eine Direktleitung an eine in seiner Nähe befindliche Erzeugungsanlage anschließen würde. Der weiter von einer geeigneten Erzeugungsanlage entfernt liegende Letztverbraucher hätte jedoch deutlich höhere Kosten beim Direktleitungsbau, so dass es auch unter dem Gleichbehandlungsgesichtspunkt gerechtfertigt erscheint, ihm auch bei gleichem Abnahmeverhalten nur eine geringere Entgeltreduzierung zu gewähren als dies bei einem Letztverbraucher in der Nähe einer geeigneten Erzeugungsanlage der Fall ist. 122

Andere Berechnungsmethoden, die den konkreten Beitrag des einzelnen Letztverbrauchers zu einer Senkung oder einer Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten genauer widerspiegeln, sind nicht ersichtlich. Dies gilt insbesondere auch für die in dem von der Betroffenen eingeholten Parteigutachten vorgeschlagene Berechnungsmethode. Das Modell im Parteigutachten bildet eine Differenz zwischen zwei Netzzuständen. In der Variante 1 werden alle Kosten für den Betrieb des deutschen Verbundnetzes ermittelt. In der Variante 2 soll eine modellhafte Ansetzung derjenigen Kosten erfolgen, die sich ergeben würden, wenn keine stromintensiven Letztverbraucher an das Netz angeschlossen wären. Die Differenz entspricht nach dem Parteigutachten dem Anteil, der den positiven Effekten des Vorhandenseins stromintensiver Letztverbraucher zuzuschreiben sei. Diese Differenz sei dann den einzelnen stromintensiven Letztverbrauchern mittels eines Schlüssels, der sich aus den Kenngrößen der Benutzungsstundenzahl und der durchschnittlichen Last ermittle, zuzurechnen. Abgesehen von möglichen praktischen Problemen bei der Ermittlung der Kosten nach der Variante 2, erscheint der von der Betroffenen vorgelegte Berechnungsansatz aber auch aus grundsätzlichen Überlegungen zumindest dem von der Bundesnetzagentur gewählten Ansatz nicht überlegen. Die Berücksichtigung der individuell zurechenbaren Beiträge eines Letztverbrauchers zur Senkung oder zur Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten erfolgt hier lediglich über einen Schlüssel, der die genannten Kennzahlengrößen enthält. Weitere netzdienliche Effekte beim Abnahmeverhalten der konkreten Letztverbraucher bleiben unberücksichtigt. Rückschlüsse auf den tatsächlichen 123

individuellen Kostenbeitrag des einzelnen Letztverbrauchers lässt diese Methode nicht zu.

So haben auch im Verwaltungsverfahren die zahlreichen Stellungnahmen die Berechnung anhand des physikalischen Pfads ganz überwiegend nicht im Grundsatz beanstandet, sondern vorwiegend Änderungen im Hinblick auf unklare Definitionen oder Auslegungsfragen begehrt, etwa hinsichtlich des Begriffs „Grundlastkraftwerke“ und von „Betriebsmittelannuitäten“. Eine andere, möglicherweise „bessere“ oder sogar zwingend erforderliche Berechnungsalternative ist nicht vorgetragen worden (vgl. etwa auch zur sog. „Differenzbriefmarke“, Bl. 74 VV). Auch im Verwaltungsverfahren sind allenfalls eher vage Alternativen genannt worden. 124

Im Übrigen ist es schon im Ansatz nicht nachvollziehbar, dass eine netzentlastende Wirkung nicht jedenfalls auch entfernungsabhängig sein soll. So verweist etwa auch die im Verwaltungsverfahren vorgelegte „Studie zur Ermittlung der technischen Mindesterzeugung des konventionellen Kraftwerksparks zur Gewährleistung der Systemstabilität in den deutschen Übertragungsnetzen bei hoher Einspeisung aus erneuerbaren Energien“ (Bl. 310 VV) darauf, dass etwa eine regionale Mindesterzeugung notwendig sein kann. Auch in den vom Senat verhandelten Redispatch-Verfahren hat sich gezeigt, dass die Lage von Anlagen zur Stromerzeugung und zum Stromverbrauch für die Stabilität des Stromnetzes von erheblicher Bedeutung ist. So beruhen die Systemstabilitätsprobleme im deutschen Stromnetz insbesondere darauf, dass die Orte von Stromerzeugung, etwa im Norden durch hohe Windeinspeisung, und Stromverbrauch, etwa in Süddeutschland, auseinanderfallen. 125

c) Schließlich liegt kein Verstoß gegen die europarechtlichen Vorgaben der Art. 107 f. AEUV vor. 126

Beihilferechtlich ist anerkannt, dass nur diejenigen wirtschaftlichen Vorteile, die ein begünstigtes Unternehmen unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte, wegen ihres Ausnahmecharakters vom Beihilfebegriff des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfasst sind. Hätte der Markt einen entsprechenden Vorteil von sich aus zu den gleichen Bedingungen hervorgebracht, fehlt es an einem solchen Ausnahmecharakter und die potentiell wettbewerbsverfälschende Wirkung dieses Vorteils entfällt. Daher ist auch in der Rechtsprechung anerkannt, dass das Vorliegen einer staatlich geprüften Beihilfe abzulehnen ist, wenn eine angemessene, gleichwertige bzw. marktübliche Gegenleistung vorliegt und es deshalb an einer Begünstigung fehlt (vgl. EuGH Slg. 1996, I-3547, 3568 Rn. 60 (Urteil vom 11.07.1996 – Rs. 39/94)). 127

So liegt der Fall hier. Wie bereits in der Verordnungsbegründung ausgeführt wird, soll durch die Einführung der Berechnungsmethode nach dem physikalischen Pfad gerade der „Leistungs-Gegenleistungseffekt“ stärker berücksichtigt werden. Der Verordnungsgeber und diesem folgend die Bundesnetzagentur gehen davon aus, dass eine Netzentgeltreduktion in Höhe der Kosten, die der Letztverbraucher im Falle eines Direktleitungsbaus einsparen würde, eine angemessene Gegenleistung für den Umstand, dass er weiterhin an das Netz der allgemeinen Versorgung angebunden bleibt, darstellen. Diese Einschätzung ist nicht zu beanstanden. 128

Entgegen der Ansicht der Betroffenen dürfte nach den Vorgaben des EU-Rechts für die Höhe der Netzentgeltreduzierung nicht zu fordern sein, dass der Kostensenkungseffekt die Höhe des individuellen Netzentgelts bestimmt. Wenn ein allgemeiner Marktwert für die Leistung der einzelnen Bandlastkunden nicht bestimmbar ist, kann davon ausgegangen werden, dass der Wert, den die Leistung des Bandlastkunden für ihn selbst hat, auch in einem „vernünftigen Verhältnis“ zu seiner erbrachten Leistung steht. 129

- d) Auch sind die konkreten Vorgaben zur Definition der geeigneten Erzeugungsanlage und zum pauschalen Sicherheitsabschlag nicht zu beanstanden. 130
- aa) Die in Tenorziffer 3.c)ii. enthaltene Definition einer geeigneten Erzeugungsanlage ist mit den verordnungsrechtlichen Vorgaben sowie mit § 21 EnWG vereinbar. 131
- Soweit die Betroffene die Auffassung vertritt, dass auch solche Kraftwerke als geeignete Erzeugungsanlagen in Frage kommen, deren Nennleistung nur einen Bruchteil der maximal möglichen Leistung des Letztverbrauchers abdecken, ist dem nicht zu folgen. Wie die Bundesnetzagentur zu Recht ausgeführt hat, spricht schon die Begründung zur Verordnungsänderung ausdrücklich von einer „geeigneten Erzeugungsanlage“. Mit dieser Formulierung ist eine Einschränkung verbunden, die qualitativer oder quantitativer Natur sein kann. Die Bundesnetzagentur hat die von der Festlegung vorgegebene Abgrenzung rechtsfehlerfrei konkretisiert, indem sie als geeignete Erzeugungsanlagen neben den herkömmlichen Grundlastkraftwerken auch solche Kraftwerke heranzieht, die unabhängig von ihrer tatsächlichen Verfügbarkeit grundsätzlich in der Lage sind, mit ihrer installierten Leistung den Strombedarf des betroffenen Letztverbrauchers kontinuierlich abzudecken. Es findet also im Gegensatz zur früheren Praxis keine Beschränkung auf reine Grundlastkraftwerke statt. Wie bereits in der Festlegungsbegründung (S. 40) ausgeführt wird, sind Hintergrund für diese Änderung die zwischenzeitlichen und absehbaren Änderungsprozesse im Erzeugungssektor, die dazu führen, dass der Einsatz konventioneller Kraftwerke immer stärker vom Angebot Erneuerbarer Energien abhängt und damit auf deren tatsächliche Ausnutzung durchschlägt. Eine nochmalige Erweiterung auf kleinere Erzeugungsanlagen erscheint jedoch nicht geboten. Denn die Berechnungsmethodik anhand des physikalischen Pfads beruht auf dem Gedanken, dass der konkrete Bedarf der Bandlastkunden durch die betreffende Anlage abgedeckt werden kann. Es soll die durch den Direktleitungsbau mögliche Einsparung ersetzt werden. Ein Direktleitungsbau zu einer Vielzahl von Erzeugungsanlagen erscheint jedoch realitätsfern. 132
- Im Übrigen ist mit der Definition der geeigneten Erzeugungsanlage kein zwingender Ausschluss von vergleichbaren Fällen verbunden. Dies zeigt die tatsächliche Verwaltungspraxis der Bundesnetzagentur, die nach von ihr veröffentlichten Angaben die Betrachtung mehrerer Erzeugungsanlagen dann zulässt, wenn mehrere Erzeugungsanlagen eines Kraftwerksbetreibers in die gleiche Sammelschiene einspeisen und in der Summe in der Lage sind, den Energiebedarf des Letztverbrauchers kontinuierlich abzudecken. 133
- bb) Auch der von der Bundesnetzagentur vorgenommene Ansatz eines pauschalen Sicherheitsabschlags in Höhe von 20 % ist nicht zu beanstanden. 134
- Bei der Berechnung des physikalischen Pfads sind die tatsächlichen zwischen Letztverbraucher und Erzeugungsanlage liegenden Betriebsmittel zugrunde zu legen. Die zum physikalischen Pfad gehörenden Betriebsmittel werden im Normalfall nicht nur durch den betreffenden Letztverbraucher selbst, sondern auch durch andere Netznutzer mitgenutzt. Daher wird eine am individuellen Nutzungsgrad ausgerichtete Kostenaufteilung vorgenommen. Wenn Betriebsmittel vom Netzbetreiber nicht vollständig ausgelastet werden, entstehen möglicherweise Leerkapazitäten. Blieben diese Leerkapazitäten bei der Ermittlung des Kostenanteils des betroffenen Bandlastkunden unberücksichtigt, gingen die Kosten hierfür zu Lasten der übrigen Netznutzer. 135
- Soweit sich die Bundesnetzagentur insoweit aus Vereinfachungsgründen entschlossen hat, bei der Ermittlung der Gesamtkapazität der Betriebsmittel einen pauschalen Abschlag von 20 % vorzunehmen und den Nutzungsanteil des Bandlastkunden auf der Grundlage der 136

reduzierten Gesamtkapazität zu ermitteln, ist dies nicht zu beanstanden.

Durch den Abzug des Sicherheitsabschlags von der Gesamtkapazität der jeweiligen Betriebsmittel wird eine Entlastung aller Stromkunden erreicht. Es wäre nicht angemessen, die Bandlastkunden insoweit vollständig zu entlasten und den übrigen Letztverbrauchern die Kosten für Leerkapazitäten aufzuerlegen. Eine praktikable Alternative zu der von der Bundesnetzagentur vorgenommenen Pauschalisierung ist nicht ersichtlich. Die Alternative wäre eine betriebsmittelscharfe Ermittlung des jeweiligen Auslastungsgrads der einzelnen Betriebsmittel für jedes Kalenderjahr. Angesichts des damit verbundenen hohen Aufwands ist eine pauschale Ermittlung als zulässig anzusehen. 137

Auch ist die Höhe des Abschlags nicht zu beanstanden. Die diesbezügliche Entscheidung der Bundesnetzagentur ist nachvollziehbar und hinreichend begründet. Die Höhe des vorgenommenen Sicherheitsabschlags impliziert einen Auslastungsgrad der einzelnen Betriebsmittel von 80 %. Nach der Einschätzung der Bundesnetzagentur, der die Betroffene nicht substantiiert entgegen getreten ist, wird damit der durchschnittliche Auslastungsgrad eher hoch angesetzt. Vielfach lägen die Auslastungen von Betriebsmitteln in realen Netzsituationen noch deutlich unterhalb von 20 %. Diese Einschätzung wurde nach den unwidersprochenen Angaben der Bundesnetzagentur in der Festlegungsbegründung (dort S. 43) bei der erstmaligen Einführung des Sicherheitsabschlags im Rahmen des Leitfadens für die Genehmigung individueller Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 S. 1 und 2 StromNEV ab 2011 von der Mehrzahl der am Verfahren Beteiligten auch bestätigt. 138

4. Die von der Bundesnetzagentur in Tenorziffer 4. geregelte Anzeigefrist ist ebenfalls rechtmäßig. Die Festsetzung einer Anzeigefrist für individuelle Netzentgeltvereinbarungen bis zum 30.09. des Kalenderjahres, in dem die Vereinbarung erstmalig gilt, ist nicht zu beanstanden. Es handelt sich hierbei entgegen der Annahme der Betroffenen nicht um eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist. 139

a) Fristen sind festgelegte Zeiträume, die einer Behörde, den Verfahrensbeteiligten oder Dritten für bestimmte Verfahrenshandlungen zur Verfügung stehen. Während behördliche Fristen von der Behörde selbst gesetzt und grundsätzlich verlängert werden dürfen, sind gesetzliche Fristen durch Gesetz, Verordnung oder Satzung bestimmt. Unterschieden wird weiter zwischen materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Fristen. 140

Unter materiell-rechtlichen Ausschlussfristen versteht man vom materiellen Recht gesetzte Fristen, deren Nichteinhaltung den Verlust einer materiell-rechtlichen Rechtsposition zur Folge hat und die für Behörden und Beteiligte gleichermaßen verbindlich sind und nicht zur Disposition der Verwaltung oder der Gerichte stehen (BVerwG, Urteil vom 22.10.1993, 6 C 10/92, Rn. 16 bei juris m.w.N.). Anders als bei den sonstigen, vom Gesetz bestimmten oder von der Behörde gesetzten - eigentlichen - Fristen, die dem Verfahrensbeteiligten für die Vornahme der Verfahrenshandlung regulär zur Verfügung stehen und die folglich grundsätzlich verlängert werden können und für die die Möglichkeit einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand besteht, ist bei den gesetzlich als solche bestimmten oder entsprechend zu deutenden Ausschluss- oder Präklusionsvorschriften als sog. uneigentlichen Fristen gemäß § 32 Abs. 5 VwVfG eine Fristverlängerung und eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ausgeschlossen (vgl. Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 30.05.2012, 6 A 1017/11, Rn. 31 bei juris). 141

b) Die Einführung einer Anzeigefrist, die als materielle Ausschlussfrist bei ihrer Versäumung den Verlust einer normativ begründeten materiell-rechtlichen Rechtsposition zur Folge hat, bedarf einer gesetzlichen bzw. normativen Grundlage (vgl. BVerwG, Urteil vom 22.10.1993, 6 142

Eine gesetzliche Ermächtigung, die Anzeigefrist für individuelle Netzentgeltvereinbarungen im Sinne des § 19 Abs. 2 StromNEV als materielle Ausschlussfrist zu gestalten, besteht nicht. § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG ermächtigt den Ordnungsgeber zu regeln, in welchen Sonderfällen der Netznutzung und unter welchen Voraussetzungen die Regulierungsbehörde im Einzelfall individuelle Entgelte für den Netzzugang genehmigen oder untersagen kann. Unabhängig davon, ob damit eine Ermächtigung des Ordnungsgebers zum Erlass materiell-rechtlicher Ausschlussfristen einhergeht, hat der Ordnungsgeber für die Anzeige einer individuellen Netzentgeltvereinbarung keine Frist und erst Recht keine Ausschlussfrist vorgesehen. 143

Nach § 19 Abs. 2 S. 7 StromNEV ist eine Genehmigung individuell vereinbarter Netzentgelte entbehrlich und kann durch eine schriftliche Anzeige ersetzt werden, wenn die Bundesnetzagentur durch Festlegung Kriterien für eine sachgerechte Ermittlung des individuellen Netzentgelts konkretisiert hat. Gemäß § 19 Abs. 2 S. 8 StromNEV findet in diesem Fall eine ex-post-Kontrolle statt, ob die Vereinbarung den durch die Festlegung konkretisierten Kriterien entspricht. Neben dem Schriftformerfordernis sieht § 19 Abs. 2 S. 11, 12 StromNEV vor, dass die Anzeige durch den Letztverbraucher erfolgt und dieser der Regulierungsbehörde mit der Anzeige alle zur Beurteilung der materiell-rechtlichen Voraussetzungen erforderlichen Unterlagen vorlegen muss. Darüber hinausgehende Anforderungen, insbesondere Fristvorgaben enthält die Verordnung jedoch nicht, so dass daraus eine Ermächtigung der Bundesnetzagentur zum Erlass einer materiellen Ausschlussfrist nicht hergeleitet werden kann. 144

Auch aus § 29 Abs. 1 EnWG in Verbindung mit § 30 Abs. 2 Nr. 7 StromNEV, auf die die Bundesnetzagentur die Festlegung stützt, folgt eine Ermächtigung zum Erlass einer materiellen Ausschlussfrist nicht. Danach kann Gegenstand einer Festlegung die sachgerechte Ermittlung individueller Entgelte nach § 19 Abs. 2 StromNEV sein. Eine Ermächtigung zum Erlass einer weder im EnWG noch in der StromNEV vorgesehenen materiellen Ausschlussfrist mittels Festlegung ergibt sich daraus nicht. 145

c) Ob eine materielle Ausschlussfrist vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln (Kallerhoff in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Auflage, § 31 Rn. 8). Die Auslegung der maßgeblichen Vorgaben der Festlegung führt zu dem Ergebnis, dass es sich bei der durch die Bundesnetzagentur festgelegten Frist für die Anzeige individueller Netzentgeltvereinbarungen nur um eine behördliche Verfahrensfrist ohne materiell-rechtliche Ausschlusswirkungen handelt. 146

aa) Dafür spricht bereits der Wortlaut der einschlägigen Vorgaben der Festlegung. Weder unter Ziffer 4. des Tenors noch in den Ausführungen unter Ziffer II. 5. der Festlegungsbegründung wird die unter Ziffer 5.e) statuierte Anzeigefrist ausdrücklich als Ausschlussfrist bezeichnet, obgleich eine solche Klarstellung angesichts der einschneidenden Wirkungen einer Ausschlussfrist aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu erwarten gewesen wäre. Soweit es in den Vorgaben zur „Anzeigefrist“ heißt, dass im Rahmen des Anzeigeverfahrens alle Vereinbarungen individueller Netzentgelte i.S.v. § 19 Abs. 2 S. 1 bis 4 StromNEV bis zum 30. September des Kalenderjahres angezeigt werden sollen, in welchem sie erstmalig gelten, ist dem Wortlaut gerade nicht zu entnehmen, dass ein Fristversäumnis zwingend die Untersagung der Vereinbarung zur Folge hat. Auch die weiteren Ausführungen unter der Überschrift „Anzeigefrist“ enthalten keinen Hinweis darauf, dass bei verspäteter oder versäumter Anzeige die Vereinbarung für das laufende Kalenderjahr untersagt wird. Der Formulierung als Sollvorschrift besagt, dass der ordnungsgemäße Ablauf des Anzeigeverfahrens die Einhaltung der Anzeigefrist grundsätzlich 147

voraussetzt und die Fristversäumung zum Rechtsverlust führt, wenn die Frist nicht zu verlängern oder Wiedereinsetzung zu gewähren ist. Eine darüberhinausgehende Bedeutung ist einer per Sollvorschrift gesetzten Fristenvorgabe nicht zu entnehmen.

Die Betroffene stützt die Annahme, die Anzeigefrist sei als Ausschlussfrist ausgestaltet, auf die Ausführungen unter Ziffer II.5.c) der Festlegungsbegründung zur „Nachweis- und Begründungspflicht“. Der dort enthaltene Hinweis, dass nach der Anzeigefrist eingereichte, ergänzende Unterlagen nicht berücksichtigt werden, bezieht sich auf die schon durch § 19 Abs. 2 S. 12 StromNEV begründete Pflicht zur vollständigen Anzeige und verdeutlicht, dass die Regulierungsbehörde die ex-post-Kontrolle einheitlich auf der Basis sämtlicher für die Beurteilung relevanter Unterlagen vornimmt und verspätet eingereichte Unterlagen nicht berücksichtigt werden können. Diese Ausführungen befassen sich bereits nicht mit der Versäumung der unter Abschnitt e) geregelten Anzeigefrist, so dass ihnen auch nicht entnommen werden kann, dass die Versäumung dieser Frist zum Rechtsverlust führt. Durch die Vorgabe einer Nachweis- und Begründungspflicht soll vielmehr vermieden werden, dass Letztverbraucher den Abschluss der Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts zwar fristgerecht anzeigen, die eine ex-post-Kontrolle erst ermöglichenden Unterlagen jedoch – möglicherweise sukzessive - nach Anzeige vorlegen. Die Ausführungen unter Ziffer 5.c) beziehen sich somit auf die inhaltlichen Anforderungen an die Erfüllung der Anzeigepflicht. Diese Vorgaben schließen jedoch die Verlängerung der Frist für die Anzeige bzw. deren Vervollständigung weder nach ihrem Wortlaut noch nach ihrem Sinn und Zweck aus.

148

bb) Eine materiell-rechtliche Ausschlusswirkung misst die Bundesnetzagentur der Anzeigefrist auch selbst nicht zu. Ausweislich ihrer unbestrittenen Darstellung werden für das Jahr 2014 in der Verwaltungspraxis Fristverlängerungen auf Antrag gewährt bzw. Ergänzungen unvollständiger Anträge in begründeten Ausnahmefällen bewilligt. Zudem hat sie auf die Möglichkeit verwiesen, Missbrauchsverfahren gegen unkooperative Netzbetreiber einzuleiten und versichert, individuelle Netzentgeltvereinbarungen nicht wegen einer auf das Fehlverhalten des Netzbetreibers zurückzuführenden Fristversäumung zu untersagen. Damit behandelt die Bundesnetzagentur die Anzeigefrist nicht als Ausschlussfrist, denn eine solche stünde nicht zur Disposition der Regulierungsbehörden, sondern würde einen automatischen Rechtsverlust beinhalten.

149

d) Fristen für die verfahrensmäßige Geltendmachung von Ansprüchen können nicht nur in Gesetzen oder Verordnungen geregelt werden, sondern die Behörden sind von sich aus berechtigt, aufgrund besonderer gesetzlicher Ermächtigung oder nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Rahmen ihrer Verfahrensherrschaft entsprechende Fristen festzulegen (Stelkens in Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 31 Rn. 5). Von der Zulässigkeit solcher Fristen geht auch das Verwaltungsverfahrensgesetz aus. Es sieht Fristen, die von der Behörde gesetzt werden können, ausdrücklich vor (vgl. § 31 Abs. 2, Abs. 7 VwVfG). Derartige Fristen können von der Behörde, die sie gesetzt hat, verlängert werden. Das ist auch nach Fristablauf rückwirkend möglich, insbesondere wenn es unbillig wäre, die durch den Fristablauf eingetretenen Rechtsfolgen bestehen zu lassen (§ 31 Abs. 7 Satz 2 VwVfG; vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 22.10.1993, 6 C 10/92, Rn. 19 bei juris). Im Rahmen des ihnen eröffneten Ermessens haben die Regulierungsbehörden die Gesichtspunkte, aus denen sich ein Letztverbraucher an der fristgerechten Anzeige gehindert sieht oder sah, zu würdigen und insbesondere zu berücksichtigen, ob der Antragsteller ohne Verschulden gehindert ist oder war, die Frist einzuhalten. Die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Verweigerung einer Fristverlängerung ist im Rahmen eines Rechtsmittels gegen die abschließende Entscheidung der Behörde überprüfbar.

150

151

Soweit die Betroffene sich darauf beruft, dass aufgrund des tatsächlichen Verhaltens der Bundesnetzagentur der Fristablauf rechtsvernichtende Wirkung habe, trifft dies nicht zu. Eine zu Unrecht von der Bundesnetzagentur oder einer Landesregulierungsbehörde verweigerte Fristverlängerung kann die Betroffene im Rahmen eines Rechtsmittels gegen eine konkrete Entscheidung der Bundesnetzagentur rügen. Die Betroffene hat die Möglichkeit, im Falle einer Untersagung einer individuellen Netzentgeltgenehmigung durch die Bundesnetzagentur Beschwerde einzulegen oder im Falle einer Verweigerung einer Vereinbarung durch den Netzbetreiber und der Ablehnung eines Missbrauchsantrags durch die Bundesnetzagentur bei Gericht hiergegen Beschwerde einzulegen. Eine fehlerhafte Verwaltungspraxis hat jedoch keinen Einfluss auf die nach allgemeinen Grundsätzen vorzunehmende Auslegung der in der Festlegung getroffenen Regelungen zur Anzeigefrist.

C. 152

I. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 2 EnWG. Da die Beschwerde keinen Erfolg hat, hat die Betroffene die Gerichtskosten zu tragen und der Bundesnetzagentur die notwendigen Auslagen zu ersetzen. 153

Es entspricht der Billigkeit (§ 90 S. 1 EnWG), dass die Beigeladenen ihre notwendigen Auslagen selbst zu tragen haben. 154

Im Rahmen der Billigkeitserwägungen ist grundsätzlich auf alle Umstände des jeweiligen Einzelfalls einschließlich des Verfahrensausgangs abzustellen. Neben dem Verfahrensausgang ist konkret maßgebend, ob der Verfahrensbeteiligte am Verfahrensausgang in besonderer Weise interessiert war und sich aktiv an dem Verfahren beteiligt hat, indem er dieses durch seinen schriftsätzlichen oder mündlichen Vortrag wesentlich gefördert hat (vgl. Hölscher in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG 3. Auflage, § 90 Rn. 16). Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze erscheint es angemessen, dass die Beigeladenen ihre Auslagen selbst tragen. Diese haben den Verfahrensgang weder durch schriftliche Stellungnahmen noch durch ihre Teilnahme an der mündlichen Verhandlung gefördert. 155

II. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Die Beteiligten haben in der mündlichen Verhandlung keine Einwendungen erhoben. 156

D. 157

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständliche Frage grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 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. 158

Rechtsmittelbelehrung: 159

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf 160

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 Rechtsbeschwerdegericht (Bundesgerichtshof) einzureichenden Schriftsatz binnen eines 161

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 Satz 2, 80 Satz 2 EnWG).

