Oberlandesgericht Düsseldorf, VI-3 Kart 157/14 (V)

Datum:	09.03.2016
Gericht:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	3. Kartellsenat
Entscheidungsart:	Beschluss
Aktenzeichen:	VI-3 Kart 157/14 (V)
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2016:0309.VI3KART157.14V.00

Leitsätze:

§ 17 StromNEV, § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG

Die Entscheidung der Bundesnetzagentur, die „Festlegung der Abrechnung mehrerer Entnahmestellen mit zeitgleicher Leistung (Pooling) in Abweichung von § 17 Abs. 8 StromNEV“ vom 26.09.2011 (BK8-11/015), mit Wirkung zum 01.01.2014 und nicht rückwirkend zum 01.01.2012 aufzuheben, ist rechtmäßig.

Die Bundesnetzagentur hat bei der Ausübung des ihr durch § 48 VwVfG eingeräumten Auswahlermessens bezüglich der zeitlichen Wirkungen der Rücknahme ihre Entscheidung auf eine plausible Prognose der zu erwartenden Entwicklung gestützt, indem sie von erheblichen Rückabwicklungsschwierigkeiten und einem hohen Konfliktpotential bei einer rückwirkenden Aufhebung ausgegangen ist.

Im Rahmen der Ermessensentscheidung hat die Bundesnetzagentur die widerstrei-tenden Interessen an einer nachträglich für die Jahre 2012 und 2013 zu geringeren Netzentgelten führenden, gepoolten Abrechnung sowie auf der anderen Seite an einer Vermeidung der mit einer rückwirkenden Aufhebung verbundenen Belastungen zutreffend erkannt und in den erforderlichen Abwägungsprozess einbezogen. Es ist vertretbar, dass sie den mit einer rückwirkenden Aufhebung verbundenen Vorteilen des geringeren operativen Aufwands und der Minimierung absehbarer weiterer Konflikte den Vorrang vor dem Interesse an einer branchenweiten Korrektur eingeräumt hat.

Die Aufhebung der Pooling-Festlegung erst mit Wirkung zum 01.01.2014 führt nicht zu einer sachlich nicht gerechtfertigten

Ungleichbehandlung zwischen den Netzbe-treibern und den Netznutzern. Dass mangels einer branchenweit vorzunehmenden Rückabwicklung durch die Netzbetreiber die Netznutzer ihren etwaigen Anspruch auf Erstattung überhöhter Netzentgelte nur durch Klage vor den Zivilgerichten unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit der Festlegung verfolgen können, ist im Hinblick auf die Folge einer ex tunc wirkenden Aufhebung sachlich gerechtfertigt und hinzunehmen.

Tenor:

Die Beschwerde der Betroffenen gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 25.06.2014, BK8-11/015BUND, wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt die Betroffene.

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens wird auf … EUR festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

G r ü n d e: 1

A. 2

Mit Wirkung zum 01.01.2012 erließ die Bundesnetzagentur am 26.09.2011 die „Festlegung der Abrechnung mehrerer Entnahmestellen mit zeitgleicher Leistung (Pooling) in Abweichung von § 17 Abs. 8 StromNEV“, die zu einem weitgehenden Verbot des sogenannten Poolings führte. 3

Unter dem Pooling von Leistungswerten versteht man die Zusammenfassung mehrerer Entnahmepunkte eines Netznutzers bei der Abrechnung von Netznutzungsentgelten zu einer abrechnungsrelevanten Entnahmestelle und damit die Zusammenfassung der gesamten Entnahme des Netznutzers im jeweiligen Netzgebiet pro Abrechnungsjahr zum höchsten Leistungswert. Ein Netznutzer, der über mehrere Entnahmepunkte an das vorgelagerte Netz angeschlossen ist, wird beim Pooling hinsichtlich der abrechnungsrelevanten Leistungsspitze so abgerechnet, als sei er nur über einen einzigen Entnahmepunkt an das vorgelagerte Netz angeschlossen. Es wird somit aus mehreren tatsächlichen Entnahmestellen eine abrechnungsrelevante Entnahmestelle gebildet, die häufig auch als „virtueller Zählpunkt“ bezeichnet wird. Ohne ein Pooling der Entnahmepunkte wird jeder Entnahmepunkt separat und daher mit der jeweiligen Leistungsspitze abgerechnet, so dass die Summe mehrerer zeitgleich gemessener Leistungsspitzen die Grundlage der Abrechnung bildet. Die Bestimmungen der Festlegung sahen die zeitgleiche Zusammenfassung der Leistungswerte der Entnahmestellen nur noch unter erschwerten Bedingungen vor. Dabei zielte die Festlegung nicht auf eine materielle und bilanzielle Belastung der von der Festlegung adressierten Netzbetreiber, sondern der Letztverbraucher bzw. Netznutzer. Die Umsetzung der Vorgaben der Festlegung durch die vorgelagerten Netzbetreiber hatte zwar erhöhte vorgelagerte Netzentgelte zur Folge. Die nachgelagerten Netzbetreiber konnten jedoch die 4

durch das Depooling erhöhten Netzentgelte in ihre Kalkulation einpreisen und damit die Kosten an ihre Kunden weitergeben.

Gestützt auf § 17 StromNEV ging die Bundesnetzagentur von der grundsätzlichen Unzulässigkeit des Poolings aus und ließ es nur in einem geringen Anwendungsbereich zu. Zur Begründung verwies sie darauf, dass die Zusammenfassung der Leistungsmessung mehrerer Entnahmestellen für Zwecke der Entgeltbildung durch § 17 Abs. 2 StromNEV in der Fassung vom 17.10.2008 ausgeschlossen werde. Danach sei für nachgelagerte Netzbetreiber mit mehreren Entnahmestellen das Entgelt für die Nutzung des vorgelagerten Netzes grundsätzlich je Entnahmestelle zu ermitteln. Die Festlegung definiere einen zulässigen Anwendungsbereich für die zeitgleiche Leistungszusammenfassung in bestimmten Ausnahmefällen, wodurch eindeutige und klare Regeln für die Abrechnung von Netzentgelten entstünden und das Diskriminierungspotential verringert werde. Durch die Festlegung würden eine verursachungsgerechte Kostenzuordnung in der Entgeltbildung sowie mehr Transparenz und Übersichtlichkeit erreicht. 5

Gleichlautende Festlegungen wurden von den Landesregulierungsbehörden Berlin, Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Schleswig-Holstein, Thüringen und Brandenburg erlassen. 6

Gegen die Festlegung der Bundesnetzagentur erhoben mehrere Unternehmen, jedoch nicht die hiesige Beschwerdeführerin, Beschwerde vor dem erkennenden Senat. Nach Verbindung wurden die Beschwerdeverfahren unter dem Aktenzeichen VI-3 Kart 61/11 (V) geführt. 7

Mit Beschluss vom 05.06.2013 wies der Senat darauf hin, dass eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage für die streitgegenständliche Festlegung nicht bestehe. § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV eröffne nicht die Möglichkeit, die Voraussetzungen für ein Pooling bzw. De-Pooling festzulegen. Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur verstoße Pooling nicht gegen die Vorschrift des § 17 Abs. 2 StromNEV in der Fassung vom 17.10.2008. Der dort verwandte Begriff der Entnahmestelle erfasse nicht allein einen singulären physischen Anschlusspunkt, sondern auch die nach den unter der Geltung der Verbändevereinbarung II Strom plus zum Branchenstandard entwickelten und branchenweit praktizierten Kriterien gepoolten Anschlusspunkte. Aus § 17 Abs. 2 S. 1 StromNEV ließen sich überdies keine Vorgaben für die Mengenabrechnung entnehmen, in deren Rahmen sich die Frage nach einem Pooling erst stelle. Gegen die Annahme der Bundesnetzagentur, § 17 Abs. 2 S. 1 StromNEV enthalte ein umfassendes Poolingverbot, spreche nicht zuletzt auch die Historie der StromNEV und der zu Tage getretene Wille des Verordnungsgebers. Darüber hinaus betreffe die streitgegenständliche Festlegung auch kein Entgelt im Sinne des § 17 Nr. 8 StromNEV. 8

Am 22.08.2013 trat die Verordnung zur Änderung von Verordnungen auf dem Gebiet des Energiewirtschaftsrechts vom 14.08.2013 (BGBl. I S. 3250) in Kraft. Durch § 17 Abs. 2a StromNEV erfuhr das Pooling mit Wirkung zum 01.01.2014 eine Neuregelung. Danach ist eine zeitgleiche Zusammenführung mehrerer Entnahmestellen zu einer Entnahmestelle zum Zwecke der Ermittlung des Jahresleistungsentgeltes durchzuführen, wenn all diese Entnahmestellen durch denselben Netznutzer genutzt werden, mit dem Elektrizitätsversorgungsnetz desselben Netzbetreibers verbunden sind, sich auf der gleichen Netz- oder Umspannebene befinden und entweder Bestandteil desselben Netzknotens sind oder bei Vorliegen einer kundenseitigen galvanischen Verbindung an das Elektrizitätsversorgungsnetz angeschlossen sind. 9

Am 06.11.2013 leitete die Beschlusskammer 8 ein Verfahren gemäß § 48 VwVfG zur Aufhebung der Pooling-Festlegungen vom 26.09.2011 ein. Die Marktbeteiligten erhielten 10

Gelegenheit, zu dem Entwurf der Rücknahmeentscheidung Stellung zu nehmen. Dieser sah eine Rücknahme mit Wirkung ab dem 01.01.2012 vor. Zur Begründung wurde auf den Beschluss des Senats vom 05.06.2013 verwiesen, wonach keine hinreichende Ermächtigungsgrundlage für den Erlass bestanden habe. Die Rücknahme mit Wirkung für die Vergangenheit sei geboten, um der Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts Düsseldorf Rechnung zu tragen und möglichst zeitnah einen geordneten Marktkonsultationsprozess für die Abwicklung des Pooling einzuleiten. Zudem wurde auf die durch § 17 Abs. 2a StromNEV erfolgte Neuregelung des Pooling mit Wirkung zum 01.01.2014 abgestellt.

Am 29.01.2014 schlossen die Beteiligten der vor dem erkennenden Senat anhängigen Beschwerdeverfahren einen Vergleich, der zu einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung führte. Bestandteil der Vergleichslösung war unter anderem die Ankündigung der Bundesnetzagentur, die Pooling-Festlegung mit Wirkung ab dem 01.01.2014 aufzuheben. In Umsetzung der Vergleichsvereinbarung wurden die anhängigen Beschwerdeverfahren übereinstimmend für erledigt erklärt und mit Beschlüssen vom 30.01.2014 der Bundesnetzagentur die Verfahrenskosten auferlegt. 11

Am 10.04.2014 erläuterte die Beschlusskammer in einer Informationsvorlage an den Präsidenten ihr Vorgehen. Dort hieß es: 12

„…Die Beschlusskammer 8 hat sich im Verlaufe der Vergleichsverhandlungen, die Ende Januar 2014 zu einer einvernehmlichen Beendigung der anhängigen Gerichtsverfahren geführt haben, verpflichtet, die Pooling-Festlegungen mit Wirkung ab dem 1.1.2014 zurückzunehmen. Die Beschlusskammer beabsichtigt nunmehr, die Festlegungen …mit Wirkung ab dem 1.1.2014 gemäß § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG zurückzunehmen. …. Die Beschlusskammer beabsichtigt, die Festlegungen auf Grundlage von § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG mit der Begründung zurückzunehmen, die Festlegungen seien durch die Änderung der Rechtslage rechtswidrig geworden. Eine Aussage zu der Frage, ob die Festlegungen schon vorher rechtswidrig waren, soll vermieden werden. Eine Rücknahme für die Zeit vor dem 1.1.2014 soll nicht erfolgen. Damit werden einerseits Rückabwicklungsschwierigkeiten vermieden. Andererseits wird damit aber auch der Tatsache Rechnung getragen, dass sich die Beschlusskammer im Rahmen der Vergleichsverhandlungen zu einer Aufhebung der Pooling- Festlegungen erst ab dem 1.1.2014 verpflichtet hat.“ 13

Nachdem die Bundesnetzagentur den Anhörungsentwurf des Rücknahmebeschlusses entsprechend geändert hatte, gab sie den Marktteilnehmen durch Mitteilung auf der Internetseite und Veröffentlichung im Amtsblatt 08/2014 am 07.05.2014 erneut Gelegenheit zur Stellungnahme zu der nunmehr beabsichtigten Rücknahme der Festlegungen mit Wirkung ab dem 01.01.2014. Die Beschwerdeführerin wurde auf ihren Antrag zum Rücknahmeverfahren beigeladen. 14

Das von der Beschwerdeführerin in … betriebene Werk ist an das örtliche Verteilernetz der A. angeschlossen und wird über dieses versorgt. Bis Ende des Jahres 2011 wurden die drei Übergabestellen des Werkes unter Zugrundelegung einer Höchstabnahmemenge von 45 MW für die zeitgleiche Nutzung gepoolt abgerechnet. Der Werkteil … ist an das Stromnetz der C. angeschlossen. Die beiden Entnahmestellen wurden ebenfalls bis Ende 2011 gepoolt abgerechnet. Nach dem Beschluss der Bundesnetzagentur vom 26.09.2011 wurden die Abrechnungsgrundlagen zum 01.01.2012 umgestellt. Die Beschwerdeführerin beziffert die Mehrkosten infolge der entpoolten Abrechnung auf insgesamt … EUR. 15

Mit Beschluss vom 25.06.2014 nahm die Bundesnetzagentur die Festlegung BK8- 11/015 vom 26.09.20111 sowie die von den Landesregulierungsbehörden Berlin, Brandenburg, 16

Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Schleswig-Holstein und Thüringen erlassenen gleichlautenden Festlegungen mit Wirkung ab dem 01.01.2014 zurück.

Mit der dagegen gerichteten Beschwerde macht die Beschwerdeführerin geltend, die Rücknahme der Festlegung sei rechtswidrig, soweit sie erst mit Wirkung ab dem 01.01.2014 erfolgt sei. Zwar stütze die Bundesnetzagentur ihre Rücknahme zu Recht auf § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG. Jedoch sei die Festlegung mangels tauglicher Ermächtigungsgrundlage schon im Zeitpunkt ihres Erlasses rechtswidrig gewesen. Die Bundesnetzagentur habe das ihr zustehende Auswahlermessen im Hinblick auf den zeitlichen Umfang der Aufhebung fehlerhaft ausgeübt. Die Rücknahme-entscheidung sei bereits mangels Ermessensausübung rechtswidrig. Wie sich aus der an den Präsidenten der Bundesnetzagentur gerichteten Informationsvorlage vom 10.04.2014 ergebe, habe sich die Bundesnetzagentur angesichts des bereits abgeschlossenen Vergleichs zu einer Rücknahme zum 01.01.2014 verpflichtet gesehen und damit zu Unrecht eine Ermessensbindung angenommen. Der Vergleichsvertrag selbst sei indessen keine taugliche Grundlage für eine Ermessensentscheidung, denn er sei zulasten derjenigen Betroffenen abgeschlossen worden, die keine Beschwerde erhoben hätten. 17

Eine Rücknahme mit Wirkung erst ab dem 01.01.2014 könne auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass sich eine große Zahl der Marktteilnehmer in den Anhörungsverfahren sowie die Beschwerdeführer in den zunächst anhängigen Beschwerdeverfahren gegen eine Rücknahme mit Wirkung für den Zeitraum vor dem 01.01.2014 ausgesprochen hätten. Diese Argumentation sei unzulässig. Erforderlich sei vielmehr eine Bewertung der Interessen der durch die Festlegung Betroffenen. Insoweit liege es auf der Hand, dass die Netzbetreiber nur ihren Rückabwicklungs-aufwand bewerteten. Demgegenüber entstehe einem betroffenen Industrieunternehmen erheblicher wirtschaftlicher Schaden. Es sei nicht zu rechtfertigen, dass die betroffenen Industrieunternehmen den durch die rechtswidrige Festlegung der Bundesnetzagentur entstandenen wirtschaftlichen Schaden selbst tragen müssten. Im Übrigen ergebe sich aus den Verwaltungsakten nicht, dass es erheblichen Widerstand gegen eine Rücknahme mit Wirkung für die Vergangenheit gegeben habe. Zahlreiche Betroffene hätten sich vielmehr dafür ausgesprochen. 18

Für die weitere Behauptung der Bundesnetzagentur, eine Rücknahme ex tunc führe mit großer Wahrscheinlichkeit zu erheblichen Rückabwicklungsschwierigkeiten, gebe es keine belastbare Tatsachengrundlage. Eine solche sei vielmehr ohne unverhältnismäßigen Aufwand zu realisieren. Eine einheitliche Abwicklungsweise könne durch einen Marktkonsultationsprozess gewährleistet werden, wie ihn die Bundesnetzagentur in ihrem ersten Rücknahmeentwurf selbst vorgesehen habe. Zudem sei die Anzahl der Betroffenen, die nach einer rückwirkenden Aufhebung Rückzahlungsansprüche geltend machen könnten, gering. Nur bei größeren Industriebetrieben mit mehreren Abnahmestellen bestehe die Möglichkeit zum Pooling. Einem professionell organisierten Netzbetreiber sei es demnach ohne weiteres möglich, eine Rückabwicklung durchzuführen. 19

Die Ermessensausübung durch die Bundesnetzagentur verstoße schließlich gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Die Aufhebung der Pooling-Festlegungen sei für die Netzbetreiber wirtschaftlich neutral ausgestaltet worden, während auf Seiten der Netznutzer ein Schaden verbleibe. Diese Ungleichbehandlung erfolge ohne sachlichen Grund und lasse sich auch nicht durch den Verweis auf den Zivilrechtsweg rechtfertigen, denn dieser Weg sei gegenüber einer rückwirkenden Rücknahme mit erheblich größeren rechtlichen Risiken verbunden. Eine Ungleichbehandlung erfolge auch zwischen solchen Betroffenen, die keine Beschwerde gegen die Festlegungen erhoben hätten, und den Netznutzern unter den Beschwerdeführern, 20

zu deren Gunsten Sonderregelungen getroffen worden seien, die es ihnen ermöglichten, den in den Jahren 2012 und 2013 entstandenen Schaden sofort auszugleichen. Die gegenüber den übrigen Netznutzern eingetretene Bestandskraft der Festlegung bilde keinen sachlichen Grund, diese ihre Schäden selbst tragen zu lassen. Entschließe sich die Bundesnetzagentur zur Rücknahme, habe sie im Rahmen des Auswahlermessens hinsichtlich des zeitlichen Umfangs alle von der Festlegung Betroffenen gleich zu behandeln und dürfe nicht nach dem Eintritt der Bestandskraft differenzieren.

Die Beschwerdeführerin beantragt, 21

die Bundesnetzagentur zu verpflichten, den Beschluss vom 26.09.2011 (BK8-11/015BUND) unter teilweiser Aufhebung des Beschlusses vom 25.06.2014 (BK8-11/015BUND) mit Wirkung ab dem 01.01.2012 zurückzunehmen, 22

hilfsweise, die Bundesnetzagentur zu verpflichten, unter teilweiser Aufhebung des Beschlusses vom 25.06.2014 (BK8- 11/015BUND) unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut über die rückwirkende Aufhebung des Beschlusses vom 26.09.2011 (BK8-11/015BUND) zu entscheiden. 23

Die Bundesnetzagentur beantragt, 24

die Beschwerde zurückzuweisen. 25

Sie verteidigt den angegriffenen Beschluss unter Wiederholung und Vertiefung seiner Gründe. Es komme nicht darauf an, ob die Pooling-Festlegung schon zum Zeitpunkt ihres Erlasses rechtswidrig gewesen sei, da die Entscheidung, sie nicht ex tunc, sondern erst mit Inkrafttreten der Verordnungsänderung aufzuheben, in jedem Fall ermessensfehlerfrei und in zweckmäßiger Weise ergangen sei. Die von der Beschwerdeführerin in Bezug genommene Informationsvorlage gebe nur wieder, dass im Rahmen der Beendigung der Gerichtsverfahren eine Aufhebung jedenfalls ex nunc, zum 01.01.2014, in Aussicht gestellt worden sei. Schon angesichts des im Mai 2014 durchgeführten weiteren Anhörungsverfahrens könne von einem Ermessensausfall nicht die Rede sein. Auch im Übrigen lägen keine Ermessensfehler vor. Die Würdigung und Bewertung der zahlreichen im Anhörungsverfahren eingegangenen Stellungnahmen habe zu dem Ergebnis geführt, dass eine ex tunc wirkende Rücknahme nicht erforderlich sei. Im Markt habe erhebliche Uneinigkeit über den angemessenen weiteren Umgang mit der Festlegung bestanden. Zahlreiche Unternehmen hätten sich unter Verweis auf erhebliche Rückabwicklungs-schwierigkeiten deutlich gegen eine Rücknahme für den Zeitraum vor dem 01.01.2014 ausgesprochen. Demgegenüber habe sie auch das Interesse derjenigen Unternehmen bewertet und in ihre Ermessenserwägungen einfließen lassen, die eine Rücknahme ex tunc befürwortet hätten. Bei Abwägung der beiden Alternativen hätten zahlreiche Gesichtspunkte dafür gesprochen, die Interessen dieser Unternehmen hinter dem Interesse an einem sauberen Schnitt für die Zukunft zurücktreten zu lassen. 26

Bei der Beurteilung etwaiger Rückabwicklungsprobleme handele es sich um die prognostische Bewertung einer Entwicklung. Zwar könnten auch bei einer ex nunc wirkenden Aufhebung einzelne Unternehmen versuchen, Rückforderungsansprüche vor den Zivilgerichten geltend zu machen. Diese Situation unterscheide sich jedoch maßgeblich von einer ex tunc wirkenden Aufhebung der Festlegung, bei der die Netzbetreiber möglicherweise voll umfänglich verpflichtet wären, für vergangene Zeiträume abweichende Berechnungen der Netzentgelte vorzunehmen. Zurückzuweisen sei die Einschätzung der Beschwerdeführerin, auch aus Sicht der Bundesnetzagentur sei eine Rückabwicklung unproblematisch gewesen. 27

Dass in dem Schreiben vom 16.12.2013 ein möglicher Weg für eine nachträgliche Neuberechnung und Rückabwicklung skizziert worden sei, bedeute nicht, dass damit Rückabwicklungsschwierigkeiten entfallen wären.

Zudem habe die Beschwerdeführerin seinerzeit die Festlegung bestandskräftig werden lassen. Dies belege, dass die praktischen Auswirkungen allein für die Jahre 2012 und 2013 für die Beschwerdeführerin nicht so negativ seien, dass sie eine Rücknahme für vergangene Zeiträume rechtfertigten. Da die weiteren betroffenen Industriebetriebe keine Beschwerde eingelegt hätten, läge der Schluss nahe, dass unangemessene Folgen gerade nicht zu beobachten seien. 28

Schließlich verstoße die Ermessensausübung auch nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Eine unverhältnismäßige Ungleichbehandlung liege nicht vor. Bei Netzbetreibern und Netznutzern handele es sich um nicht vergleichbare Gruppen. Unabhängig davon, ob – wie die Beschwerdeführerin vermute - in den Verfahren gegen die Festlegung die Netznutzer unter den Beschwerdeführern durch Sonderregelungen wirtschaftlich neutral gestellt worden seien, entfalle eine Vergleichbarkeit schon deswegen, weil diese Unternehmen im Unterschied zu der Beschwerdeführerin die Festlegung mit Beschwerden angegriffen hätten. 29

Die Beigelade zu 1) rügt die Rücknahme der Festlegung zum 01.01.2014 als rechtswidrig. Sie macht geltend, dass die Festlegung mangels Ermächtigungsgrundlage von vornherein rechtswidrig gewesen sei. Der Inhalt der Informationsvorlage lasse vermuten, dass die Bundesnetzagentur überhaupt kein Ermessen dahingehend ausgeübt habe, ob mit Wirkung für die Vergangenheit oder für die Zukunft zurückgenommen werden solle. Der darin liegende vollständige Ermessensausfall führe zur Rechtswidrigkeit der Rücknahmeentscheidung. Jedenfalls seien die Ermessenserwägungen aber rechtsfehlerhaft. Eine Ermessensüberschreitung folge daraus, dass mit der Aufhebungsentscheidung die Rechtsverletzung für die betroffenen Letztverbraucher noch intensiviert werde. Während die Netzbetreiber durch die Aufhebungsentscheidung finanziell nicht belastet würden, ergebe sich eine Belastung auf Seiten der betroffenen Letztverbraucher. Hierfür sei eine Rechtfertigung nicht ersichtlich. Die Bundesnetzagentur hätte die Interessen aller Betroffenen, insbesondere auch der Letztverbraucher, und nicht nur der an den Beschwerdeverfahren Beteiligten einbeziehen müssen. Der Aufhebungsbeschluss lasse jedoch eine Auseinandersetzung mit den Interessen der betroffenen Letztverbraucher vermissen. 30

Zudem seien die von der Bundesnetzagentur behaupteten Rückabwicklungs-schwierigkeiten nicht erkennbar und auch nicht belegt. Dagegen spreche bereits, dass Netzbetreiber ihre Netzentgeltabrechnungen regelmäßig unter Vorbehalt stellten, um etwaigen behördlichen oder gerichtlichen Entscheidungen mit Entgeltwirkung Rechnung tragen und Abrechnungen rückwirkend korrigieren zu können. Darüber hinaus fehle es an einer Auseinandersetzung mit der Frage, ob die behaupteten Rückabwicklungsschwierigkeiten schwerer wögen als die wirtschaftlichen Nachteile für die betroffenen Letztverbraucher. 31

Ferner stelle es eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung dar, dass die Bundesnetzagentur im Zuge der Aufhebung auf Seiten der Netzbetreiber eine kostenneutrale Lösung sichergestellt habe, während der Schaden auf Seiten der Letztverbraucher weder bei der Ermessenserwägung berücksichtigt noch hierfür zumindest teilweise ein Ausgleich gewährt worden sei. 32

Die Beigeladenen zu 5) und 6) machen geltend, dass die Beschwerde rechtsmissbräuchlich und daher unzulässig sei. Die Beschwerdeführerin versuche, die von ihr versäumte 33

Beschwerdefrist gegen die Pooling-Festlegung „nachzuholen“. Dieses sei unzulässig, denn die Festlegung sei gegenüber der Beschwerdeführerin in Rechtskraft erwachsen und könne nicht nachträglich in ihrer zeitlichen Wirkung korrigiert werden. Die Beschwerde richte sich in erster Linie gegen den Ursprungsbescheid und nicht gegen den Aufhebungsbeschluss. Dieser diene der Beschwerdeführerin letztlich nur als Mittel, um die Fristversäumnis ungeschehen zu machen. Da sie aber keine Beschwerde gegen die Pooling-Festlegung eingelegt habe, sei für eine nachträgliche Korrektur der zeitlichen Wirkungen der ursprünglichen Festlegung zu Lasten der nunmehr erzielten branchenverträglichen Lösung kein Raum.

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 20. Januar 2016 Bezug genommen. 34

B. 35

Die Beschwerde hat aus den mit den Beteiligten in der mündlichen Verhandlung im Einzelnen erörterten Gründen keinen Erfolg. 36

I. Entgegen der Auffassung der Beigeladenen zu 5) und 6) ist die Beschwerde jedoch nicht rechtsmissbräuchlich und damit unzulässig. Die Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführerin, die als Beigeladene verfahrensbeteiligt im Sinne des § 75 Abs. 2 EnWG ist, folgt daraus, dass sie geltend macht, durch die ex nunc wirkende Aufhebung in ihrem wirtschaftlichen Interesse auf Erstattung der infolge der entpoolten Abrechnung überzahlten Netzentgelte nachteilig betroffen zu sein. Die Beschwerde richtet sich nicht gegen den Ursprungsbescheid, sondern gegen die Entscheidung der Bundesnetzagentur, die zeitlichen Wirkungen des Aufhebungsbeschlusses zu beschränken. Da diese Entscheidung die Beschwerdeführerin materiell beschwert, ist sie der gerichtlichen Kontrolle und Überprüfung unabhängig davon zugänglich, ob die Beschwerdeführerin gegen die ursprüngliche Festlegung Beschwerde erhoben hat. 37

II. Die Beschwerde ist unbegründet, denn die streitgegenständliche Rücknahmeentscheidung ist rechtmäßig. 38

1. Die Bundesnetzagentur war unabhängig davon, ob die Pooling-Festlegung von Anfang an rechtswidrig war oder ob es sich um einen nachträglich rechtswidrig gewordenen Dauerverwaltungsakt handelt, gemäß § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG zur Aufhebung ermächtigt. Wird eine bei Erlass rechtmäßige Festlegung nachträglich rechtswidrig, richtet sich die Aufhebung nicht nach den Bestimmungen des § 49 VwVfG über den Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsakts, sondern nach den Bestimmungen des § 48 VwVfG über die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts (vgl. BVwerG, Urteil v. 28.06.2012 – 2 C 13/11 m.w.N.; a.A. Ehlers Verwaltung 2004, 255, 279; Steinweg, Zeitlicher Regelungsgehalt des Verwaltungsaktes, 2006, S. 318 f.). 39

2. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Bundesnetzagentur das ihr nach § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG zustehende Ermessen dahingehend ausgeübt hat, die Festlegung mit Wirkung zum 01.01.2014 und nicht rückwirkend zum 01.01.2012 aufzuheben. 40

Bei der Rücknahme eines belastenden Verwaltungsaktes kommt sowohl die Rücknahme ex tunc als auch die ex nunc grundsätzlich in Betracht (vgl. Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl., § 48 Rdn. 105). Die Ermessensausübung durch die Bundesnetzagentur ist 41

gemäß § 83 Abs. 5 EnWG einer umfassenden Rechtskontrolle unterworfen, die - anders als nach der VwGO - eine Kontrolle der Zweckmäßigkeit umfasst (vgl. Hanebeck, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl., § 83 Rdn. 19; BGH, Beschl. v. 19.06.2007, KVR 17/06; Antweiler/Nieberding, NJW 2005, 3673 f.). Jedoch darf dies nicht dazu führen, dass die Entscheidung durch das Gericht in ihrem Wesen verändert und auf eine völlig neue Rechtsgrundlage gestützt wird (vgl. Huber, in: Kment, EnWG, § 83 Rdn. 19; Hanebeck, in: Britz/Hellermann/ Hermes, EnWG, 3. Aufl., § 83 Rdn. 20). Es kann dahinstehen, ob es grundsätzlich keinerlei gerichtlich nicht oder nur beschränkt überprüfbare Ermessens- oder Beurteilungsspielräume gibt (so Hanebeck, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl., § 83 Rdn. 19; Bechtold, § 71, Rdn. 18; differenzierend Büdenbender, Energierechtsreform und Regulierung, 2005, 35, 40; sowie Burgi, DVBl. 2006, 269 ff.), wofür der Umstand streitet, dass es im Vergleich zum GWB keine explizite Ausnahme von der umfassenden gerichtlichen Kontrolle gibt, während in der Parallelvorschrift des § 71 Abs. 5 S. 2 GWB die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung der Nachprüfung des Gerichts entzogen wird. Im Streitfall führt auch die umfassende Kontrolle der Zweckmäßigkeit zu dem Ergebnis, dass die Entscheidung der Bundesnetzagentur ermessens-fehlerfrei ist. Die Behörde trifft die Pflicht, auf der Grundlage zutreffender Tatsachen das Für und Wider der sich gegenüberstehenden Belange umfassend abzuwägen und sich von Erwägungen leiten zu lassen, die nicht gesetzeswidrig und für den Einzelfall dem Gesetzeszweck entsprechend sachgemäß sind (vgl. Gerhardt, in: Schoch/Schneider/ Bier, VwGO, 28. EL 2015, § 114 Rdn. 18). Diesen Anforderungen hat die Bundesnetzagentur genügt.

2.1. Ein Ermessensnichtgebrauch liegt entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin und der Beteiligten nicht darin, dass sich die Beschlusskammer in der Informationsvorlage vom 10.04.2014 unter Hinweis auf den außergerichtlichen Vergleich in den Beschwerdeverfahren gegen eine rückwirkende Aufhebung der Festlegung ausgesprochen hat. 42

Insoweit kommt es nicht darauf an, ob die Bundesnetzagentur sich – wie der Inhalt der Informationsvorlage nahelegt - gegenüber den Beschwerdeführerinnen der gegen die Festlegung gerichteten Beschwerdeverfahren vertraglich verpflichtet hatte, die Pooling-Vereinbarung nur mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben oder ob sie zur Beendigung der Beschwerdeverfahren eine Aufhebung mindestens mit Wirkung ex nunc in Aussicht gestellt und dabei eine rückwirkende Aufhebung nicht ausgeschlossen hatte. Auch wenn die Bundesnetzagentur im Rahmen der Vergleichsverhandlungen zugesagt haben sollte, die Pooling-Festlegung nur mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben, belegt dies keinen Ermessensfehler in Form eines Ermessensausfalls. Ein solcher liegt vor, wenn die Behörde das ihr zustehende Ermessen gar nicht ausübt, etwa weil sie nicht erkennt, dass ihr überhaupt ein Ermessen zusteht oder weil sie es absichtlich unterlässt (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 21. Aufl. 2015, § 114, Rdn. 14). Erkennt die Behörde dagegen, dass ihr Ermessen zusteht und geht nicht von einer gebundenen Entscheidung aus, liegt ein Ermessensausfall nicht vor. 43

Aus dem Inhalt der Informationsvorlage folgt, dass die Beschlusskammer trotz etwaiger Absprachen mit den übrigen Beteiligten der Beschwerdeverfahren nicht von einer gebundenen Entscheidung ausging. Vielmehr hat sie in dem Schreiben die Gründe für die zwar beabsichtigte, aber noch zu treffende Entscheidung über den zeitlichen Umfang der Aufhebung aufgezeigt und in diesem Zusammenhang auf die Absprachen in den Vergleichsverhandlungen verwiesen. Daraus ergibt sich gerade nicht, dass sie zu Unrecht annahm, diesbezüglich kein Ermessen - mehr – ausüben zu können, sondern dass ihr im Gegenteil bewusst war, den Umfang der Wirkung der Aufhebung noch bestimmen zu können. Die Bezugnahme auf die im Rahmen der Vergleichsverhandlungen eingegangene 44

Verpflichtung stellte eine Erwägung im Rahmen der Ausübung des zutreffend erkannten Ermessensspielraums dar, die die Sachgerechtigkeit der beabsichtigten Entscheidung belegen und begründen sollte. Die Beschlusskammer hatte zutreffend erkannt, dass auch eine gegenüber den Beteiligten der Beschwerdeverfahren eingegangene Verpflichtung oder erteilte Zusage sie rechtlich nicht an einer abweichenden Entscheidung bezüglich der Wirkungen der Rücknahme würde hindern können.

Dass die Bundesnetzagentur nicht von einer gebundenen Entscheidung ausging, ergibt sich ferner daraus, dass sie als weiteren tragenden Grund neben dem Hinweis auf die Vergleichsverhandlungen die Vermeidung von Rückabwicklungsschwierigkeiten nannte. Dies wäre sinnlos und überflüssig gewesen, wenn die Beschlusskammer davon ausgegangen wäre, schon wegen des Inhalts der Vergleichsvereinbarungen nicht mehr über einen Ermessensspielraum zu verfügen. 45

Darüber hinaus leitete die Bundesnetzagentur nach der Informationsvorlage an den Präsidenten ein weiteres Konsultationsverfahren ein, in dessen Rahmen sie den Marktteilnehmern Gelegenheit zur Stellungnahme zu der Frage der zeitlichen Wirkungen der Aufhebung einräumte. Auch dieser Schritt belegt, dass die Bundesnetzagentur sich durch die im Rahmen der Vergleichsvereinbarungen abgegebenen Erklärungen nicht zu einer Aufhebung ex nunc gezwungen sah, sondern für die noch zu treffende Entscheidung das Meinungsbild der Marktteilnehmer einholen wollte. Ein solches Vorgehen hätte keinen Sinn gemacht, wenn die Bundesnetzagentur die Sach- und Rechtslage nicht zutreffend dahingehend bewertet hätte, dass ihr noch beide Entscheidungsoptionen offen standen. 46

2.2. Auch im Übrigen sind Ermessensfehler nicht festzustellen. 47

2.2.1. Die Entscheidung ist auf der Grundlage einer zutreffenden Tatsachenermittlung ergangen. Soweit die Bundesnetzagentur ihre Wertung unter anderem darauf gestützt hat, dass die Sachgerechtigkeit einer rückwirkenden Aufhebung in der betroffenen Branche umstritten sei und zahlreiche Unternehmen sich unter Hinweis auf die damit verbundenen Abwicklungsschwierigkeiten gegen eine rückwirkende Aufhebung ausgesprochen hätten, ist dies nicht zu beanstanden. Unter Ziffer 1. der Beschlussgründe ist der Meinungsstand, wie er sich aus den in den Konsultationsverfahren eingegangenen Stellungnahmen ergibt, richtig wiedergegeben und dargestellt. 48

Die Argumentation der Beschlusskammer erschöpft sich nicht in dem Verweis auf die große Zahl von Marktteilnehmern, die sich gegen eine rückwirkende Auswirkung ausgesprochen haben. Vielmehr ist die Beschlusskammer bei der gebotenen Abwägung der widerstreitenden Interessen zu Recht davon ausgegangen, dass im Hinblick auf den Umfang der Wirkungen der Aufhebung ein uneinheitliches Meinungsbild besteht und gerade keine überwiegende Auffassung vorherrscht. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin stellt es auch keinen Ermessensfehler dar, dass die Bundesnetzagentur die in zahlreichen Stellungnahmen zum Ausdruck gebrachte Ablehnung einer rückwirkenden Aufhebung als „vehement“ beschrieben hat. Die in Bezug genommenen Stellungnahmen sprechen sich deutlich und eindeutig gegen eine Rückwirkung aus, so dass die Bewertung und Bezeichnung als „vehement“ durchaus vertretbar erscheint. Im Übrigen handelt es sich um eine schlagwortartige und illustrierende Beschreibung, die für die Sachentscheidung der Bundesnetzagentur erkennbar nicht maßgeblich gewesen ist. 49

2.2.2. Die Bundesnetzagentur hat im Rahmen des Abwägungsprozesses des Weiteren zu Recht berücksichtigt, dass eine rückwirkende Aufhebung zu erheblichen Rückabwicklungsschwierigkeiten führen würde und ihre Entscheidung somit auf eine 50

plausible Prognose der zu erwartenden Entwicklung gestützt.

Dabei ist der Hinweis auf Rückabwicklungsschwierigkeiten nicht in dem Sinne zu verstehen, dass die Bundesnetzagentur als Folge einer rückwirkenden Aufhebung unlösbare Probleme erwartet oder befürchtet hat. Vielmehr hat sie ihre Entscheidung auf die zutreffende Annahme gestützt, dass sich bei einer rückwirkenden Aufhebung etliche offene Fragen mit weiterem Konfliktpotential ergeben hätten. 51

Zwar entfaltet die Pooling-Festlegung keine Bestandskraft zwischen Netznutzern und Netzbetreibern, so dass auch unter der Geltung der Festlegung für die Jahre 2012 und 2013 Netznutzer unter Hinweis auf die materielle Rechtswidrigkeit der Festlegung im Rahmen einer auf § 315 BGB gestützten Klage Rückforderungs-ansprüche gegen Netzbetreiber geltend machen können. Im Falle einer rückwirkenden Aufhebung der Pooling-Festlegung wäre jedoch die Grundlage für eine entpoolte Abrechnung weggefallen. Die Netzbetreiber wären damit verpflichtet gewesen, für den Zeitraum 2012/2013 eine abweichende Berechnung der entpoolt ermittelten Netzentgelte vorzunehmen. Es wäre nicht nur in Einzelfällen, sondern branchenweit in einer Vielzahl von Netznutzungsverhältnissen zu einer Erstattung der aufgrund der entpoolten Abrechnung überhöhten Entgelte an die Netznutzer (Letztverbraucher, Lieferanten und nachgelagerte Netzbetreiber) gekommen. Es kann dahinstehen, ob die Netzbetreiber von sich aus hätten tätig werden müssen. Jedenfalls hätte eine rückwirkende Aufhebung branchenweit das Signal an Netznutzer gesetzt, von den Netzbetreibern die Erstattung überzahlter Entgelte zu verlangen. 52

Davon unterscheidet sich die Situation bei einer nur ex nunc wirkenden Aufhebung maßgeblich: Angesichts der Weitergeltung der Pooling-Festlegung als Rechtsgrundlage für eine entpoolte Abrechnungssystematik entfällt nicht nur die mit einer ex tunc wirkenden Aufhebung verbundene Signalwirkung. Es besteht für die Netzbetreiber zudem kein Anlass, von sich aus eine abweichende Berechnung für den Zeitraum 2012/2013 vorzunehmen. Diese sind nur dem Risiko ausgesetzt, in Einzelfällen auf Rückerstattung überhöhter Beträge in Anspruch genommen zu werden. 53

Die von der Beschlusskammer befürchteten Abwicklungsschwierigkeiten wären im Falle einer rückwirkenden Aufhebung auch insoweit eingetreten, als diese keine abschließende Lösung der Gesamtproblematik ermöglicht, sondern im Gegenteil zahlreiche weitere Fragen erst ausgelöst hätte: Es hätte bereits nicht festgestanden, nach welchen Kriterien für die Jahre 2012 und 2013 abzurechnen gewesen wäre. Darüber hinaus wäre fraglich gewesen, ob und wie die infolge geänderter Abrechnungen auftretenden Differenzen im Regulierungskonto sowie bei der Ermittlung der Erlösobergrenzen für die zweite Regulierungsperiode hätten berücksichtigt werden sollen. Zudem war in zahlreichen Stellungnahmen für den Fall einer rückwirkenden Aufhebung bereits die Forderung nach einer erlösneutralen Rückabwicklung erhoben worden. Bei einer rückwirkenden Aufhebung der Festlegung wären nicht nur die Netzentgelte für den Zeitraum 2012/2013, sondern auch die Vergütung für vermiedene Netzentgelte anzupassen gewesen. Dies hätte wiederum Folgen für die EEG-Umlage gehabt, da die vermiedenen Netzentgelte bei den Ausgleichsansprüchen gegenzurechnen sind. Zugleich wäre auch eine rückwirkende Änderung der § 19 Abs. 2 StromNEV-Umlage veranlasst gewesen. 54

Unter Hinweis auf die durch eine rückwirkende Aufhebung ausgelöste Rechtsunsicherheit im Hinblick auf diese offenen Fragen wurde in sämtlichen Stellungnahmen - unabhängig davon, ob sie sich für oder gegen eine rückwirkende Aufhebung aussprachen - die Forderung erhoben, die Bundesnetzagentur solle weitergehende Vorgaben zu den Regeln der Korrektur, den Modalitäten der Rückabwicklung und zum Umgang mit den für die betroffenen 55

Netzbetreiber entstehenden wirtschaftlichen Belastungen schaffen. Da ohne entsprechende Regelungen eine uneinheitliche Entscheidungspraxis zu erwarten gewesen wäre, die dem Ziel einer diskriminierungsfreien Netzentgeltabrechnung entgegen gestanden hätte, war dieser deutlich zum Ausdruck gekommene Wunsch der Branche nach Regelungen und Vorgaben durchaus nachvollziehbar. Im Falle einer rückwirkenden Aufhebung hätte für die Bundesnetzagentur begründeter Anlass bestanden, auf dieses an sie herangetragene Begehren durch die Schaffung entsprechender Regelungen zu reagieren. Die rückwirkende Aufhebung hätte somit nicht zu einer abschließenden Regelung der Gesamtproblematik geführt, sondern weitere Maßnahmen seitens der Bundesnetzagentur erfordert. Dem steht nicht entgegen, dass sich auch im Falle einer erfolgreichen Inanspruchnahme von Netzbetreibern auf Rückerstattung überhöhter Netzentgelte die Frage stellt, ob und wie eine mögliche Refinanzierung von Erlösausfällen wegen zurückzuerstattender Entgelte gewährleistet wird. Die Bearbeitung von Einzelfällen – ggfs. in Form einer Berücksichtigung auf dem Regulierungskonto – verursacht erheblich weniger Aufwand als der Erlass und die Umsetzung eines Regelwerks für eine branchenweit vorzunehmende Rückabwicklung.

Die Regelung der sich bei einer rückwirkenden Aufhebung stellenden Fragen, insbesondere nach der Höhe der abzurechnenden Netzentgelte sowie den Modalitäten und der Erlösneutralität der Abwicklung hätte weiteres Konfliktpotential beinhaltet. Es bestand innerhalb der Branche schon keine Einigkeit über die Kriterien, nach denen bei einer rückwirkenden Aufhebung das Entgelt für den Zeitraum 2012/2013 zu berechnen gewesen wäre. Zu diesem Punkt war das sich aus den Stellungnahmen ergebende Meinungsbild uneinheitlich. Zum Teil wurde angeregt, die branchenweit geübte Pooling-Praxis, wie sie vor Erlass der Festlegung Standard war, für die Jahre 2012 und 2013 wieder aufleben zu lassen. Zum Teil wurde aber auch ein Pooling auf der Grundlage der Regelung des § 17 StromNEV in der Fassung vom 14.08.2013 für sachgerecht gehalten. Auch über die Frage der Erlösneutralität und der Berücksichtigungsfähigkeit der zu erwartenden Mindererlöse wären inhaltliche Auseinandersetzungen zwischen den Marktteilnehmern und der Bundesnetzagentur zu erwarten gewesen. 56

Der Hinweis auf die zu erwartenden Rückabwicklungsprobleme entbehrt entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin auch nicht deswegen der Grundlage, weil die Bundesnetzagentur selbst eine Vorgehensweise zur Bewältigung der Rückab-wicklung entworfen und den Beschwerdeführern in den Verfahren gegen die Pooling-Festlegung mit Schriftsatz vom 16.12.2013 vorgeschlagen hatte. Dieser Vorschlag verhält sich bereits nicht zu der Frage, nach welchen Kriterien das Netzentgelt für die Jahre 2012/2013 überhaupt abgerechnet werden sollte. Außerdem sollte die Berücksichtigung von Mindererlösen infolge einer rückwirkenden Neuberechnung der Netzentgelte von einem rechtskräftigen bzw. durch Prozessvergleich erzielten Verfahrensabschluss abhängen. Mindereinnahmen infolge außergerichtlicher Vereinbarungen zwischen Netznutzern und Netzbetreibern sollten nur bei Übertragbarkeit einer rechtskräftigen Entscheidung auf die Fallgestaltung ersatzfähig sein. Dieser umfassende Verweis der Netznutzer und Netzbetreiber auf den Zivilrechtsweg barg jedoch mehr Konflikt- als Befriedungspotential. Angesichts der zu befürchtenden uneinheitlichen Entscheidungspraxis der Zivilgerichte widersprach diese Vorgehensweise darüber hinaus dem Willen der Branche nach Regelungen durch die Bundesnetzagentur. Die dem angegriffenen Beschluss zugrunde liegende Annahme der Bundesnetzagentur, wonach auch diese von ihr selbst angeregte Vorgehensweise zur Bewältigung der Rückabwicklungsproblematik letztlich nicht geeignet gewesen wäre, ist somit plausibel. 57

Damit handelt es sich bei der Einschätzung der Bundesnetzagentur, wonach eine Aufhebung ex tunc mit großer Wahrscheinlichkeit zu erheblichen Rückabwicklungsschwierigkeiten führen 58

würde, entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin um eine in tatsächlicher Hinsicht zutreffende prognostische Beurteilung der faktischen Auswirkungen einer solchen Aufhebung. Die Kritik der Beschwerdeführerin, für diese Annahme gebe es keine belastbare Grundlage und die Bundesnetzagentur habe die pauschalen Befürchtungen einzelner Marktteilnehmer ungeprüft übernommen, ist zurückzuweisen.

2.2.3. Die Bundesnetzagentur ist bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen der von der Aufhebung Betroffenen, die ihren Ausdruck in den in beiden Konsultationsverfahren eingegangenen Stellungnahmen fanden, zu dem Ergebnis gelangt, dass eine rückwirkende Aufhebung nicht erforderlich ist. Auch insoweit ist die Ermessensausübung methodisch nicht zu beanstanden. 59

Insbesondere hat die Bundesnetzagentur die gegeneinander abzuwägenden Interessen zutreffend erkannt und in den Abwägungsprozess einbezogen. Auf der einen Seite war das in einem Teil der Stellungnahmen vorgebrachte Interesse daran, nachträglich für die Jahre 2012 und 2013 eine zu geringeren Netzentgelten führende, gepoolte und damit der materiellen Rechtslage entsprechende Abrechnung vorzunehmen zu können, zu berücksichtigen. Die Bundesnetzagentur hat durchaus erkannt, dass nur bei einer rückwirkenden Aufhebung eine Neuberechnung der Netzentgelte zugunsten der Netznutzer gewährleistet wäre, während bei einer ex nunc wirkenden Aufhebung dem einzelnen Netznutzer das Risiko zugewiesen wird, den Netzbetreiber vor dem Zivilgericht auf Erstattung überhöhter Netzentgelte in Anspruch zu nehmen. Demgegenüber stand das von anderen Marktteilnehmern, insbesondere den Netzbetreibern verfolgte Interesse, die mit einer rückwirkenden Aufhebung zwangsläufig verbundenen Unsicherheiten und Belastungen zu vermeiden und durch eine ex nunc wirkende Aufhebung eine abschließende und einheitliche Regelung der Problematik zu erreichen. 60

Die Bundesnetzagentur hat das durch § 48 VwVfG eingeräumte Auswahlermessen bezüglich der zeitlichen Wirkungen der Aufhebung dem Sinn und Zweck der Vorschrift entsprechend ausgeübt. Prinzipiell kommt im Rahmen der Aufhebungs-entscheidung nach § 48 VwVfG dem Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit kein größeres Gewicht zu als dem Grundsatz der Rechtssicherheit (vgl. BVerwGE 113, 322; BVerwG, NVwZ 1992, OVG Münster, Beschl. v. 13. 04. 2004, 15 A 1113/04), so dass das Interesse an einer materiell richtigen Abrechnung hinter dem Bedürfnis nach einer rechtssicheren, Abwicklungsschwierigkeiten vermeidenden Vorgehens-weise zurücktreten kann. Dass die Bundesnetzagentur als Ergebnis des Abwägungsprozesses den mit einer ex nunc wirkenden Aufhebung verbundenen Vorteilen des geringeren operativen Aufwands und der Minimierung absehbarer weiterer Konflikte den Vorrang vor dem Interesse an einer branchenweiten Korrektur eingeräumt hat, erscheint durchaus vertretbar. Nicht nur handelt es sich insoweit um ein auch im Lichte der Zwecksetzungen des § 48 VwVfG schützenswertes, beachtliches Interesse. Darüber hinaus wird durch die gewählte Vorgehensweise die materielle Einzelfallgerechtigkeit auch keineswegs ausgeschlossen. Netznutzern bleibt es unbenommen, Netzbetreiber unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit der Festlegung auf Erstattung überhöhter Netzentgelte, die auf eine entpoolte Abrechnung zurückzuführen sind, vor den Zivilgerichten in Anspruch zu nehmen. Macht der Kunde im Rahmen einer auf § 315 BGB gestützten Klage geltend, dass die Netzentgelte unrechtmäßig erhöht seien, steht die Festlegung einem Regress nicht entgegen, denn sie entfaltet im Verhältnis zwischen Netzbetreiber und Kunden keine Rechtswirkung. 61

2.2.4. Die Ermessensausübung ist auch nicht deswegen rechtsfehlerhaft, weil die Bundesnetzagentur angenommen hat, dass die Pooling-Festlegung ursprünglich rechtmäßig 62

gewesen sei und erst durch die im Rahmen der StromNEV-Novelle geänderte Vorschrift des § 17 StromNEV rechtswidrig geworden sei. Zwar vertritt die Bundesnetzagentur in den Beschlussgründen die unzutreffende Rechtsauffassung, dass die Festlegung erst durch die Rechtsänderung rechtswidrig geworden sei. Diese Bewertung, die der rechtlichen Würdigung des Senats entgegensteht, wie sie in dem Hinweisbeschluss vom 05.06.2013 in dem Beschwerdeverfahren gegen die Pooling-Festlegung (VI-3 Kart 61/1 (V)) zum Ausdruck gekommen ist, war jedoch für die Ausübung des Auswahlermessens nicht maßgeblich. Ausweislich der insoweit eindeutigen Ausführungen in den Beschlussgründen stützt die Bundesnetzagentur die Ablehnung einer ex tunc wirkenden Aufhebung ausschließlich auf die damit verbundenen operativen Schwierigkeiten, nicht dagegen auf die von ihr zu Unrecht angenommene ursprüngliche Rechtmäßigkeit der Festlegung.

2.2.5. Die Ermessensausübung durch die Bundesnetzagentur verstößt schließlich nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. 63

Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG hat für die Ermessensverwaltung eine ähnliche Bedeutung wie für den Gesetzgeber. Vergleichbares darf nicht grundlos, d.h. willkürlich und ohne vernünftigen Differenzierungsgrund ungleich, Unvergleichbares nicht gleich behandelt werden (vgl. BVerfG 100, 138, 174; 103, 242, 248). Differenzierungen bedürfen stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Die Ungleichbehandlung muss nicht nur an ein der Art nach sachlich gerechtfertigtes Unterscheidungskriterium anknüpfen, sondern Art. 3 GG verlangt für das Maß der Differenzierung einen inneren Zusammenhang zwischen den vorgefundenen Verschiedenheiten und der differenzierenden Regelung, der sich als sachlich vertretbarer Unterscheidungsgesichtspunkt von hinreichendem Gewicht erweist (vgl. BVerfGE 124, 199, 220; 129, 49, 60). 64

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin führt die Aufhebung der Pooling-Festlegung erst mit Wirkung zum 01.01.2014 nicht zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung zwischen den Netzbetreibern einerseits und den Netznutzern andererseits. Zwar ist die Aufhebung der Festlegung für die Netzbetreiber insofern wirtschaftlich neutral ausgestaltet, als dass damit keine unmittelbare branchenweite Verpflichtung zur Neuberechnung entpoolter Abrechnungen verbunden ist. Jedoch hat die Aufhebung ex nunc nicht zur Folge, dass auf Seiten der Netznutzer zwangsläufig ein Schaden verbleibt. Wie bereits dargestellt, können Netznutzer vor den Zivilgerichten unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit der Festlegung einen Anspruch auf Erstattung überhöhter Netzentgelte geltend machen, weil die vertragsgestaltende Festlegung keine Bestandskraft zwischen Netzbetreibern und Netznutzern entfaltet. Eine Ungleichbehandlung ergibt sich durch die Ausgestaltung der Aufhebung nur insoweit, als dass damit keine branchenweit vorzunehmende Rückabwicklung durch die Netzbetreiber in Gang gesetzt werden soll und das Risiko, eine Erstattung der infolge der Festlegung überhöhten Netzentgelte zu erlangen, den Netznutzern zugewiesen wird. Somit ist zu erwarten, dass infolge der Aufhebung ex nunc die wirtschaftlichen Folgen der Pooling-Festlegung tatsächlich regelmäßig von den Netznutzern getragen werden. Diese Differenzierung ist aber im Hinblick auf die Folgen, die eine ex tunc wirkende Aufhebung hätte, sachlich gerechtfertigt. 65

Es erfolgt auch keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung zwischen denjenigen Netznutzern, die keine Beschwerde gegen die Pooling-Festlegung eingelegt haben, und denjenigen, die als Netznutzer Beschwerde gegen die Festlegung geführt haben. Zwar ist davon auszugehen, dass mit letztgenannten im Rahmen der Vergleichsverhandlungen, die zur Beendigung der Beschwerdeverfahren geführt haben, Sonderregelungen getroffen 66

worden sind, die es ihnen ermöglichten, ihren wirtschaftlichen Schaden durch die entpoolten Abrechnungen sofort auszugleichen. Dem entsprechenden Vorbringen der Beschwerdeführerin ist die Bundesnetzagentur jedenfalls nicht entgegen getreten. Insoweit bildet jedoch bereits der Umstand, dass diese Unternehmen Beschwerde gegen die Festlegung erhoben haben, den Grund für die Ungleichbehandlung. Nur mit Beteiligten des Beschwerdeverfahrens konnte die Bundesnetzagentur Verhandlungen durchführen, um eine einvernehmliche Beendigung des Verfahrens zu erreichen. Es war nicht aus Gleichbehandlungsgründen geboten, die mit diesen Unternehmen im Gegenzug für ihr Einverständnis mit einer einvernehmlichen Verfahrensbeendigung getroffenen Regelungen und Absprachen auch auf diejenigen Netznutzer zu übertragen, die ihrerseits keine Beschwerde gegen die Pooling-Festlegung erhoben hatten. Dies gilt insbesondere angesichts des Umstands, dass sie damit nicht rechtlos gestellt sind, sondern ihre Ansprüche im Zivilrechtsweg verfolgen können.

2.2.6. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin lässt sich schließlich auch aus den Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Aufhebung offensichtlich rechtswidriger Verwaltungsakte nicht ableiten, dass das Ermessen der Bundesnetzagentur im Hinblick auf die zeitlichen Wirkungen der Aufhebung auf Null reduziert ist. 67

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts besteht ein Anspruch auf Rücknahme eines rechtswidrigen bestandskräftigen Verwaltungsakts, wenn dessen Aufrechterhaltung „schlechthin unerträglich" ist. Allein die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts vermag einen dahingehenden Anspruch jedoch nicht zu begründen, da der Rechtsverstoß lediglich die Voraussetzung einer Ermessensentscheidung der Behörde ist. Allerdings kann die offensichtliche Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts, die sich zum Zeitpunkt des Erlasses beurteilt, die Annahme rechtfertigen, seine Aufrechterhaltung sei schlechthin unerträglich. Danach liegt eine Ermessensreduzierung auf Null bei offensichtlicher Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts somit zwar im Hinblick auf die Entschließung zur Aufhebung vor (vgl. BVerwG, Urteil vom 17.01.2007, 6 C 32/06 und Urteil vom 23.10.2007, C 10/07). Den von der Beschwerdeführerin in Bezug genommenen Entscheidungen ist indes nicht zu entnehmen, dass auch das im Hinblick auf den zeitlichen Umfang der Aufhebung bestehende Auswahlermessen bei einer offensichtlichen Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes grundsätzlich auf eine ex tunc wirkende Aufhebung reduziert ist. 68

Darüber hinaus war die Pooling-Festlegung basierend auf der Beurteilung zum Zeitpunkt ihres Erlasses auch nicht offensichtlich rechtswidrig. Angesichts der Komplexität der Frage, ob die Festlegung auf einer hinreichenden Ermächtigungsgrundlage beruhte, drängte sich der Rechtsverstoß, wie ihn der Senat im Hinweisbeschluss vom 05.06.2013 nach umfänglicher Prüfung bejaht hat, im Zeitpunkt des Erlasses der Festlegung nicht auf und war damit nicht evident. 69

C. 70

I. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 1 EnWG. 71

II. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf 72

§ 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde verbundene Interesse der Betroffenen beträgt ausweislich der übereinstimmenden Angaben der Beteiligten … Euro. 73

. 74

D. 75

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständlichen Fragen grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG haben und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 86 Abs. 2 Nr. 2 EnWG erfordert. 76

Rechtsmittelbelehrung: 77

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 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 Satz 2, 80 Satz 2 EnWG). 78

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE