



Oberlandesgericht Düsseldorf

Beschluss

In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 10.07.2019
durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Laubenstein, die Richterin am
Oberlandesgericht Frister und die Richterin am Oberlandesgericht Pastohr

b e s c h l o s s e n:

Die mit dem Antrag zu 1. verfolgte Beschwerde gegen die Festlegung vom
11.12.2013 (Az. BK4-13-739A02) wird zurückgewiesen.

Der Beschluss der Bundesnetzagentur vom 29.11.2017 (Az. BK4-13-739A02)
wird aufgehoben. Die Bundesnetzagentur wird - bezogen auf die für das An-
tragsjahr 2016 begehrte rückwirkende Anpassung von Tenorziffer 3.a) der
Festlegung vom 11.12.2013 (Az. BK4-13-739) auf den (Hilfs-)Antrag zu 2. un-
ter dessen Zurückweisung im Übrigen und bezogen auf die für die Antrags-
jahre 2014 und 2015 begehrte Anpassung von Tenorziffer 3.a) der Festlegung
vom 11.12.2013 (Az. BK4-13-739) auf den (Hilfs-)Antrag zu 3. - verpflichtet,
unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut über die Änderung
des Beschlusses vom 11.12.2013 (Az.: BK4-13-739) zu entscheiden.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens tragen die Bundesnetzagentur zu 78 % und die Beschwerdeführerin zu 22 %.

Der Beschwerdewert wird auf ... Euro festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde gegen diesen Beschluss wird zugelassen.

Gründe:

A.

Die Beschwerdeführerin produziert ... und ist Letztverbraucherin im Sinne von § 3 Nr. 25 EnWG. Sie betreibt ein Biomasseheizkraftwerk zur dezentralen Erzeugung von Strom und Wärme und verbraucht den dort erzeugten Strom in ihrer Kundenanlage selbst. Der Standort ist in Mittelspannung an das Netz der N als örtlichem Netzbetreiber angeschlossen.

Die Beschwerdeführerin und die N schlossen am 25./27.08.2014 eine individuelle Netzentgeltvereinbarung nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV für die Jahre 2014 ff. ab. Die Vereinbarung zeigte die Beschwerdeführerin der Bundesnetzagentur Ende August 2014 an. In den Jahren 2014 bis 2016 überschritten die Jahresbenutzungsstunden an der Abnahmestelle der Beschwerdeführerin unter Berücksichtigung der von der N nur kaufmännisch-bilanziell abgerechneten Strombezüge bzw. Netznutzung den Grenzwert von 7.000 Stunden. Infolge dessen gewährte die N der Beschwerdeführerin über die Stromlieferantin Netzentgeltreduktionen für die Jahre 2014 bis 2016, die auch bereits regulatorisch abgewickelt wurden.

Der regulatorische Hintergrund im Hinblick auf die Ermittlung individueller Netzentgelte gemäß § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV stellt sich wie folgt dar:

Durch Beschluss vom 11.12.2013 erließ die Bundesnetzagentur eine Festlegung hinsichtlich der sachgerechten Ermittlung individueller Entgelte gemäß § 19 Abs. 2 Strom-

NEV (BK4-13-739, im Folgenden: Ausgangsfestlegung). In dieser wurden unter Tenorziffer 3.a) Kriterien bezüglich der Ermittlung der Benutzungsstunden und des Verbrauchs aufgestellt, an die der Anspruch eines stromintensiven Letztverbrauchers auf Gewährung eines individuellen Netzentgelts nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV anknüpft und die gemäß Tenorziffer 6. ab dem 01.01.2014 wirksam waren. Nach Tenorziffer 3.a) sollte bei der Ermittlung der Anspruchsvoraussetzungen eine kaufmännisch-bilanzielle Berechnung des Strombezugs nicht zulässig sein. In Tenorziffer 7. behielt sich die Bundesnetzagentur den Widerruf der Festlegung vor. Die Ausgangsfestlegung wurde – anders als die den hiervon Betroffenen noch nicht mitgeteilte Einleitung des diesbezüglichen Verwaltungsverfahrens - im Amtsblatt der Bundesnetzagentur (Ausgabe 24/2013) vom 18.12.2013 und auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlicht.

Gegen die Ausgangsfestlegung legten zahlreiche Marktteilnehmer Beschwerde ein. Diese wurden, soweit sie einer streitigen Verhandlung zugeführt wurden, erstinstanzlich vom erkennenden Senat zurückgewiesen. Auf zwei Rechtsbeschwerden hob der Bundesgerichtshof Tenorziffer 3.a) der Ausgangsfestlegung durch seine Beschlüsse vom 15.05.2017 insoweit auf, wie die Beschlusskammer darin festgelegt hatte, dass bei der Ermittlung der in § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV geregelten Voraussetzungen eine kaufmännisch-bilanzielle Betrachtungsweise unzulässig sei (EnVR 39/15 und EnVR 40/15), und verwies zur Begründung auf seine Entscheidung vom 13.12.2016 (EnVR 38/15). Die Entscheidungsgründe gingen der Bundesnetzagentur am 22.06.2017 zu. Durch den Beschluss vom 13.12.2016 hatte der Bundesgerichtshof bereits entschieden, dass bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV der kaufmännisch-bilanzielle Strombezug zu berücksichtigen ist. Beschwerdegegenstand war ein Beschluss der Bundesnetzagentur gewesen, durch den die Anträge der dortigen Beschwerdeführerin auf Genehmigung der zwischen ihr und der zuständigen Netzbetreiberin getroffenen Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts für die Jahre 2011 und 2012 abgelehnt worden waren, weil die Beschwerdeführerin den Grenzwert von 7.000 Stunden nur unter Zugrundelegung des kaufmännisch-bilanziell abgerechneten netzentgeltspflichtigen Strombezugs erreicht hatte. Die Gründe dieser Entscheidung waren der Bundesnetzagentur am 22.02.2017 zugestellt worden.

Die Beschlusskammer 4 leitete sodann ein Verfahren nach § 29 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 EnWG i.V.m. § 19 Abs. 2 StromNEV und § 30 Abs. 2 Nr. 7 StromNEV zur Änderung der Festlegung hinsichtlich der sachgerechten Ermittlung individueller Entgelte ein und informierte hierüber durch eine Mitteilung auf ihrer Internetseite sowie in ihrem Amtsblatt. Zugleich wurde der Entwurf eines Änderungsbeschlusses auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlicht und den betroffenen Marktteilnehmern im Rahmen der Konsultation die Möglichkeit zur Stellungnahme gemäß § 67 Abs. 1 EnWG bis zum 03.11.2017 gegeben. Die Beschwerdeführerin nahm mit Schriftsatz vom 24.10.2017 (Bl. 19 ff. VV) Stellung und beantragte eine rückwirkende Aufhebung der Ausgangsfestlegung zum 01.01.2014. Zudem veröffentlichte die Bundesnetzagentur auf ihrer Internetseite am 30.06.2017 einen Hinweis, wonach die Beschlusskammer ab dem Anzeigjahr 2017 Vereinbarungen individueller Netzentgelte, denen eine kaufmännisch-bilanzielle Betrachtungsweise zugrunde liegt, für zulässig erachten werde.

Durch den angefochtenen Beschluss vom 29.11.2017 hat die Bundesnetzagentur Tenorziffer 3.a) der Ausgangsfestlegung gemäß § 29 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 EnWG i.V.m. § 19 Abs. 2 StromNEV und § 30 Abs. 2 Nr. 7 StromNEV dahingehend geändert, dass ab dem Anzeigjahr 2017 bei der Ermittlung der in § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV geforderten Benutzungsstundenzahl und Verbrauchswerte eine kaufmännisch-bilanzielle Betrachtung zulässig ist (Tenorziffer 1.) und die Ausgangsfestlegung im Übrigen unberührt bleibt (Tenorziffer 2.).

Zur Begründung hat sie im Wesentlichen ausgeführt, es sei verhältnismäßig, die Ausgangsfestlegung erst ab dem Anzeigjahr 2017 an die nachträglich ergangene höchstgerichtliche Rechtsprechung anzupassen. Die Aufhebung des Verbots einer kaufmännisch-bilanziellen Betrachtung durch den Bundesgerichtshof sei nur *inter partes* und somit ausschließlich zu Gunsten der beiden im Rechtsschutzverfahren erfolgreichen Unternehmen erfolgt. Die Ausgangsfestlegung sei im Streitpunkt auch persönlich teilbar. Die Ungleichbehandlung zwischen den erfolgreichen Beschwerdeführerinnen und den weiteren Marktteilnehmern sei durch die unterschiedlichen Konsequenzen gerechtfertigt, die aus der allen Adressaten der Festlegung zumutbaren Entscheidung, Rechtsschutz zu suchen oder auf diesen Schritt zu verzichten, resultierten.

Das Festhalten an dem rechtswidrigen, aber bestandskräftigen Verwaltungsakt sei nicht schlechterdings unerträglich. Eine offensichtliche Rechtswidrigkeit liege nicht vor. Eine Reduktion des der Beschlusskammer zustehenden Ermessens hinsichtlich der Abänderung des Ausgangsbescheides sei frühestens ab dem Anzeigjahr 2017 anzunehmen, da die Übertragbarkeit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aus dem Verfahren EnVR 38/15 auf die Ausgangsfestlegung und insbesondere die Frage der Reichweite der Aufhebung derselben erst am 22.06.2017 mit Vorliegen der Gründe in den Verfahren EnVR 39/15 und 40/15 festgestanden habe. Eine Änderung der Ausgangsfestlegung über das Anzeigjahr 2017 hinaus für die Vergangenheit sei nicht angezeigt. Der materiellen Gerechtigkeit stehe das Kollektivinteresse der Rechtssicherheit entgegen. Vor dem Hintergrund, dass 76 Unternehmen Beschwerde gegen den Ausgangsbescheid erhoben und einige dieser Unternehmen sich auch gegen die vorliegend in Rede stehende Regelung zur kaufmännisch-bilanziellen Betrachtungsweise gewandt hätten, sei die teilweise gerügte Unzumutbarkeit gerichtlichen Rechtsschutzes nicht nachvollziehbar. An dem Verzicht auf Rechtsschutz und den daraus erwachsenden Konsequenzen müssten sich die anderen Unternehmen festhalten lassen. Ihr Individualinteresse an einer etwaigen nachträglichen wirtschaftlichen Besserstellung trete hinter das Interesse der Allgemeinheit an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zurück. Insoweit sei auch keine Differenzierung zwischen Unternehmen geboten, die eine Vereinbarung eines individuellen Netzentgeltes unter Berücksichtigung der kaufmännisch-bilanziellen Betrachtungsweise für die Jahre 2014 bis 2016 abgeschlossen und angezeigt hätten, und solchen Unternehmen, die auf diese mit der bestandskräftigen Ausgangsfestlegung in Widerspruch stehende Vorgehensweise verzichtet hätten. Im Gegenteil hätte eine Änderung der Festlegung für die Anzeigjahre 2014 bis 2016 für jene Adressaten der Festlegung, die erfolgreich Rechtsschutz gesucht hätten, sogar diskriminierenden Charakter, da ungleiche Sachverhalte insoweit gleichbehandelt würden. Dieses Ergebnis sei auch nicht deswegen unzumutbar, weil diejenigen Unternehmen, die auf Rechtsschutz verzichtet hätten, stattdessen eine Umstrukturierung ihrer Anschlussleitung vorgenommen hätten, da diese Unternehmen mit dem Verzicht auf Rechtsschutz und der Veränderung ihrer Anschlusssituation den weniger risikoreichen Weg gewählt hätten.

Eine Änderung der Ausgangsfestlegung für die Jahre 2014 bis 2016 sei auch nicht deswegen geboten, weil beispielsweise die Festlegung BK8-12-019 (Redispatch-Festlegung) auch für die Vergangenheit zurückgenommen worden sei. Diese Festlegung habe die Modalitäten für die Vergütung von Redispatch-Maßnahmen geregelt, vorliegend stehe jedoch keine Vergütungsregelung in Rede, sondern die Ausgestaltung eines Privilegierungstatbestandes für Netzentgelte.

Mit ihrer am 18.01.2018 erhobenen Beschwerde wendet sich die Beschwerdeführerin gegen die Ausgangs- und hilfsweise gegen die Änderungsfestlegung.

Sie macht geltend, die gegen die Ausgangsfestlegung gerichtete Beschwerde sei fristgemäß erhoben worden. Nach den Maßstäben des Bundesverwaltungsgerichts habe die Bundesnetzagentur die erforderliche Zustellung der Ausgangsfestlegung gegenüber der Beschwerdeführerin nicht dadurch ersetzt, dass sie diese am 18.12.2013 in ihrem kostenpflichtigen Amtsblatt veröffentlicht habe. Es liege bereits ein Ermessensausfall vor, da nicht ersichtlich sei, dass sich die Beschlusskammer darüber bewusst gewesen sei, dass sie eine öffentliche Bekanntmachung erst nach pflichtgemäßer Ermessensausübung habe vornehmen können. Die Bundesnetzagentur stelle selbst nicht in Abrede, dass sie keinerlei Ermessenserwägungen vorgenommen habe. Erst recht habe sie nicht berücksichtigt, dass sie die Einleitung des Verfahrens zur Ausgangsfestlegung weder der Beschwerdeführerin individuell mitgeteilt habe, etwa entsprechend gängiger Praxis durch ein Rundschreiben, noch diese in ihrem Amtsblatt wie von § 74 EnWG vorgeschrieben veröffentlicht habe. Vor diesem Hintergrund sei die Festlegung auf eine nicht ausreichend vorinformierte Beschwerdeführerin getroffen, was deren Recht auf effektiven Rechtsschutz unzumutbar erschwert habe. Hierin liege ein Ermessensdefizit, jedenfalls aber eine Ermessenüberschreitung. Hinzu komme, dass es sich um eine erstmalige Festlegung zu den streitgegenständlichen individuellen Netzentgelten gehandelt habe und die (mit-)adressierten Letztverbraucher über keinerlei Erfahrungen damit verfügt hätten. Der bloßen Veröffentlichung der Ausgangsfestlegung im Amtsblatt komme für die Beschwerdeführerin deshalb keine ausreichend Anstoßfunktion zu.

Jedenfalls sei die Beschwerdeeinlegung im Hinblick auf die Änderungsfestlegung fristgemäß erfolgt. Der Bundesgerichtshof habe in seinen Beschlüssen vom 15.03.2017

(EnVR 39/15 und 40/15) deren Tenorziffer 3.a) *erga omnes* aufgehoben, da er die Entscheidungsaussprüche nicht auf die dortigen Beschwerdeführer beschränkt habe, so dass auch insoweit die Bundesnetzagentur die angegriffene Tenorziffer 3.a) in Gestalt und mittels ihres Änderungsbeschlusses vom 29.11.2017 neu erlassen hätte. Zudem sei die Festlegung persönlich nicht teilbar, da bei einer isolierten Anfechtung der Tenorziffer 3.a) durch einzelne Adressaten das Ziel der Festlegung verfehlt würde, für alle Netzbetreiber und Letztverbraucher bundeseinheitlich eine gleiche Methode für die Berechnung individueller Netzentgelte vorzugeben. Auch betreffe die Festlegung nicht allein das Verhältnis zwischen einem Beschwerdeführer und Netzbetreiber, sondern regele die komplexe Ermittlung von individuellen physikalischen Pfaden und Entgelten, die eine Vielzahl von Letztverbrauchern sowie deren Anschlussnetzbetreiber und vorgelagerten Netzbetreiber betreffe und für diese gleichermaßen gelten müsse, um einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb bei der Versorgung mit Elektrizität nach § 1 Abs. 2 EnWG sicherzustellen.

Die Beschwerde sei auch begründet. Die angegriffene Tenorziffer 3 a) der Ausgangsfestlegung sei von Anfang an rechtswidrig gewesen und mithin mit Wirkung ab 2014 aufzuheben. Bei teilweiser Aufhebung der Änderungsfestlegung in Tenorziffer 3.a) trete an deren Stelle § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV. Wenn der Senat die Beschwerdefrist gegen die Ausgangsfestlegung als abgelaufen ansehe, sei jedenfalls der Antrag zu 2. (erster Hilfsantrag) begründet. Sie habe einen Anspruch auf Vornahme der begehrten Aufhebung aus § 19 Abs. 2 S. 2 EnWG i.V.m. § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG, § 29 Abs. 2 EnWG. Die Bundesnetzagentur habe das ihr zustehende Änderungsermessen fehlerhaft ausgeübt. Die Bundesnetzagentur habe verkannt, dass der Bundesgerichtshof die Wirkung der Aufhebung von Tenorziffer 3.a) „*erga omnes*“ angeordnet habe. Sie habe des Weiteren ignoriert, dass sie durch die mangende Vorinformation über das eingeleitete Verfahren das Recht der Betroffenen auf effektiven Rechtsschutz gegen die Festlegung erheblich eingeschränkt habe. Die lediglich formelhafte Unterscheidung der Bundesnetzagentur zwischen den beiden Adressaten, die seinerzeit gegen die Festlegung Rechtsschutzmaßnahmen ergriffen hätten, und denen, die dies nicht getan hätte, sei nicht sachgerecht. Zudem sei nicht erkennbar, dass die Bundesnetzagentur das öffentliche Interesse an der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung einerseits und der Rechtssicherheit andererseits mit der gebotenen Intensität abgewogen habe. Die Pri-

vilegierung erfolgreicher Kläger sei kein reiner Selbstzweck. Das Interesse an Rechtssicherheit habe hier allenfalls ein zu vernachlässigendes Gewicht, da sie, die Beschwerdeführerin, für die streitgegenständlichen Jahre bereits die Netzentgeltreduktionen erhalten habe und diese auch regulatorisch abgewickelt worden seien. Die Rückforderung der gewährten Netzentgeltreduktionen, mit denen sie bereits wirtschaftlich kalkuliert habe, würde sie als familiengeführtes Unternehmen erheblichen wirtschaftlichen Belastungen aussetzen, obwohl sie in dem genannten Zeitraum erhebliche netzdienliche Leistungen erbracht habe. Zudem habe die Bundesnetzagentur die Ausgangsfestlegung mit einem uneingeschränkten Widerrufsvorbehalt versehen. Ein schützenswertes Vertrauen bestehe daher gerade auf Seiten der Beschwerdeführerin.

Das der Bundesnetzagentur eingeräumte Ermessen habe sich zudem dahingehend verdichtet, dass diese auch zur erstrebten vollständigen Aufhebung von Tenorziffer 3.a) verpflichtet sei. Dies folge aus Treu und Glauben, § 83 Abs. 3 EnWG. Im Ergebnis sei bei belastenden Verwaltungsakten eher ein Vorrang des Aspekts der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung anzunehmen, der noch bekräftigt werde, wenn sie mit einem uneingeschränkten Widerrufsvorbehalt versehen seien. Eine Geltung der Vorgaben nur für einen Teil der Adressaten wäre widersprüchlich, da sie klar dem Regelungskonzept der Festlegung widerspreche. Eine Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Aufhebung ergebe sich auch unter dem Gesichtspunkt der Selbstbindung der Verwaltung im Hinblick auf die rückwirkende Aufhebung der Festlegung über eine angemessene Vergütung für Redispatch-Maßnahmen durch Änderungsbeschluss vom 19.08.2015 (BK8-12-019-A). Schließlich sei eine Ermessensreduzierung auf Null jedenfalls in Bezug auf das Jahr 2016 gegeben, da sich spätestens aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 13.12.2016 die Unzulässigkeit eines Verbotes der kaufmännisch-bilanziellen Betrachtung ergeben habe.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

1.

Tenorziffer 3.a) des Beschlusses der Bundesnetzagentur vom 11.12.2013 zur „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“ (Az. BK4-13-739) in Gestalt des Änderungsbeschlusses der Bundesnetzagentur vom 29.11.2017 „zur Änderung der Festlegung hinsichtlich der sachgerechten Ermittlung der individuellen Entgelte gemäß § 19 Abs. 2 StromNEV vom 11.12.2013, Az. 4-13-739“ (Az. BK4-17-739A02) aufzuheben;

2.

hilfsweise zu 1.: die Bundesnetzagentur unter Aufhebung ihres unter 1. genannten Änderungsbeschlusses zu verpflichten, Tenorziffer 3.a) des unter 1. genannten Beschlusses aufzuheben;

3.

hilfsweise zu 2.: den Antrag der Beschwerdeführerin auf Aufhebung der Tenorziffer 3.a) des unter 1. genannten Beschlusses unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Bundesnetzagentur verteidigt den angefochtenen Beschluss und trägt vor, dass der Antrag zu 1. wegen Ablaufs der Beschwerdefrist gegen die Ausgangsfestlegung bereits unzulässig sei. Die Entscheidung sei rechtsfehlerfrei zugestellt worden. Eine Bekanntgabe im Wege der Einzelzustellung sei angesichts der hinreichend großen und auch unbestimmten Gruppe der Adressaten (sämtliche Netzbetreiber und alle für die Regelung in § 19 Abs. 2 StromNEV in Betracht kommenden Letztverbraucher) von vorneherein ausgeschlossen gewesen. Die entstehende Belastung für die Betroffenen, denen eine aktive Kenntniserlangung abverlangt werde, sei angesichts des Adressatenkreises hinzunehmen. Es hätte im eigenen Interesse der Beschwerdeführerin gelegen, Entwicklungen bei den regulatorischen Vorgaben zu den individuellen Netzentgelten zu verfolgen, wie dies im Übrigen anderen Unternehmen gelungen sei.

Die Hilfsanträge seien unbegründet, da die Änderungsfestlegung ermessensfehlerfrei ergangen sei. Eine Ermessensreduzierung auf Null käme nur dann in Betracht, wenn

das Festhalten an den bestandskräftigen Regelungen der Ausgangsfestlegung für den Zeitraum vor dem Anzeigjahr 2017 schlechthin unerträglich wäre. Die hierzu vom Bundesverwaltungsgericht entwickelten Fallgruppen seien indes nicht einschlägig.

Zunächst habe sie sich bei Erlass der der Beschwerdeführerin gegenüber bestandskräftigen Ausgangsfestlegung nicht treuwidrig verhalten. Der dort tenorierte Widerrufsvorbehalt hindere sie nicht daran, die Bestandskraft der Ausgangsfestlegung mit entsprechender Gewichtung in die Abwägung einzustellen. Auch das Ziel, eine bundes einheitliche Methode zur Berechnung individueller Netzentgelte vorzugeben, sei im Streitfall nicht gefährdet, da aufgrund der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs nur zwei Unternehmen die kaufmännisch-bilanzielle Betrachtung hinsichtlich der Anzeigjahre 2014 bis 2016 gestattet sei. Die Rechtsansicht der Beschwerdeführerin führe zu einer weitestgehenden Entwertung des Rechtsinstituts der Bestandskraft. Es sei kein sachlicher Grund ersichtlich, der Beschwerdeführerin eine Verbesserung ihrer Position einzuräumen, da ihr gerichtlicher Rechtsschutz offengestanden habe, sie aber – anders als eine Vielzahl anderer Marktbeteiligter - kein Prozessrisiko getragen habe.

Es liege auch keine Selbstbindung der Verwaltung vor. Der Verweis auf die rückwirkende Aufhebung der Redispatch-Festlegung gehe fehl. Es fehle an einer Gleichartigkeit der Fallgestaltungen. Die Redispatch-Festlegung sei in der Mehrzahl der Fälle einem Vertragspartner gegenüber aufgehoben worden, habe aber gegenüber dem anderen weiterhin gegolten. Diese unterschiedliche Rechtslage für zwei Vertragspartner liege hier in genau zwei abgrenzbaren Einzelfällen vor und wirke sich für den Netzbetreiber aufgrund des Umlageverfahrens jeweils kostenneutral aus. Auswirkungen auf die bestehenden Netzentgeltvereinbarungen anderer Netznutzer ergäben sich damit nicht. Mit den flächendeckenden Auswirkungen, die das Unterbleiben der rückwirkenden Anpassung der Vorgaben zum Redispatch zur Folge gehabt hätte, sei der Streitfall somit nicht zu vergleichen.

Die Ausgangsfestlegung sei zudem nicht offensichtlich rechtswidrig gewesen. Dies gelte auch mit Blick auf das Anzeigjahr 2016. Dem Tenor der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 13.12.2016 sei nur zu entnehmen gewesen, dass auf die Rechtsbeschwerde des betroffenen Letztverbrauchers auf Genehmigung eines individuellen Netzentgelts für die Jahre 2011 und 2012 unter Beachtung der Rechtsauffassung des

Senats neu zu bescheiden gewesen sei. Der Tenor habe somit nicht die Festlegung selbst, sondern einen auf Grundlage derselben Rechtsauffassung erlassenen Einzelbescheid für einen anderen Zeitraum zum Gegenstand. Die Entscheidungsgründe hätten erst am 22.02.2017 vorgelegen. Die den Ausgangsbescheid betreffenden Entscheidungen datierten sogar erst vom 15.05.2017 und lägen ihr erst seit dem 22.06.2017 vor. Erst mit Kenntnis der Entscheidungsgründe habe Klarheit über die Reichweite der Aufhebung bestanden.

Die Ausübung des Änderungsermessens sei in zeitlicher Hinsicht nicht zu beanstanden, eine Fehlgewichtung der widerstreitenden Interessen – materielle Richtigkeit gegenüber Rechtssicherheit und Rechtsfrieden durch Bestandskraft – nicht erkennbar. Die genannten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs wirkten nicht *erga omnes*. Falls der Bundesgerichtshof eine solche Wirkung gewollt hätte, wäre eine deutliche Aussage zu erwarten gewesen, wie sie etwa für die Aufhebung der Festlegung zum Wälzungsmechanismus für individuelle Netzentgelte und Netzentgeltbefreiungen mit Wirkung für alle Netzbetreiber ausdrücklich tenoriert worden sei. Dass die Abweichung von einem grundlegenden Prinzip des gerichtlichen Rechtsschutzes erst im Wege der Auslegung ermittelt werden müsse, sei dagegen fernliegend. Die Festlegung sei auch subjektiv teilbar. Die Umsetzung der Rechtsprechung nur *inter partes* führe nicht zu größeren rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten.

Auch im Übrigen sei die Abwägung rechtsfehlerfrei. Sie sei gerade nicht davon ausgegangen, dass nicht klagende Unternehmen zwingend schlechter zu stellen seien, sondern die Überlegungen im angefochtenen Beschluss zeigten die vertiefte Abwägung der in Rede stehenden Interessen. Die Auffassung der Beschwerdeführerin, das Interesse an der Rechtssicherheit sei zu vernachlässigen, da sie die Netzentgeltreduktion bereits erhalten habe, greife nicht. Die Abwägung der Rechtsgüter müsse bei einer Allgemeinverfügung mit Blick auf die Allgemeinheit erfolgen. Soweit die individuellen Interessen der Beschwerdeführerin gleichwohl zu berücksichtigen seien, könne es jedoch nicht zu einer abweichenden Wertung führen, dass diese bis 2016 ein ihr nach der geltenden Rechtslage nicht zustehendes, reduziertes Netzentgelt gezahlt habe. Zuletzt verringere der Widerrufsvorbehalt nicht das Interesse an Bestandskraft und Rechtssicherheit, sondern wirke sich umgekehrt allenfalls auf die Schutzwürdigkeit des

Vertrauens der Beschwerdeführerin in den Fortbestand der – rechtswidrigen – Netzentgeltreduktion aus.

Wegen des weiteren Vorbringens der Verfahrensbeteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze mit Anlagen und den beigezogenen Verwaltungsvorgang Bezug genommen.

B.

Soweit sich die Beschwerdeführer mit ihrem Hauptantrag zu 1. gegen die Ausgangsfestlegung wendet, ist die Beschwerde bereits unzulässig. Die mit den hilfsweisen Anträgen zu 2. und 3. verfolgte und gegen die Änderungsfestlegung gerichtete Beschwerde ist hingegen zulässig und – teilweise auf den Antrag zu 2. als erstem Hilfsantrag und im Übrigen auf den Antrag zu 3. als zweitem Hilfsantrag – in der Sache erfolgreich.

I. Der Hauptantrag zu 1., der auf die Aufhebung von Tenorziffer 3.a) der Ausgangsfestlegung in Gestalt der Änderungsfestlegung gerichtet ist, ist bereits unzulässig. Die Beschwerde vom 18.01.2018 ist nicht innerhalb der hierfür in § 78 Abs. 1 EnWG vorgesehenen Frist eingelegt worden und somit verfristet.

1. Die Beschwerdefrist beginnt mit der Zustellung der Entscheidung der Regulierungsbehörde. Soweit die Zustellung durch eine Veröffentlichung auf der Internetseite der Bundesnetzagentur oder in ihrem Amtsblatt ersetzt werden kann, gilt die Festlegung oder der Änderungsbeschluss mit dem Tag als zugestellt, an dem seit dem Tag der Bekanntmachung im Amtsblatt der Bundesnetzagentur zwei Wochen verstrichen sind (§ 73 Abs. 1a S. 3 EnWG). Weitere Voraussetzung für die Zustellungswirkung ist ein entsprechender ausdrücklicher Hinweis in der Bekanntmachung.

2. Für den Beginn der Beschwerdefrist gegen Tenorziffer 3.a) der Ausgangsfestlegung in Gestalt der Änderungsfestlegung ist auf die Zustellung der Ausgangsfestlegung abzustellen, da diese angegriffen wird, und nicht auf den Zeitpunkt der Zustellung der Änderungsfestlegung.

Entgegen der von der Beschwerdeführerin vertretenen Ansicht hat der Bundesgerichtshof in seinen Beschlüssen vom 15.05.2017 in den Verfahren EnVR 39/15 und 40/15 die Ausgangsfestlegung nicht *erga omnes* aufgehoben mit der Folge, dass die Bundesnetzagentur mit der Änderungsfestlegung Tenorziffer 3.a) der Ausgangsfestlegung neu erlassen hätte. Die Bundesnetzagentur ist vielmehr zutreffend davon ausgegangen, dass die Aufhebung in den genannten Verfahren lediglich *inter partes* und somit ausschließlich zu Gunsten der in den beiden Beschwerdeverfahren erfolgreichen Unternehmen erfolgt ist.

2.1. Der Wortlaut der Entscheidung gibt für die Frage, ob die Aufhebung *inter partes* oder *erga omnes* erfolgen sollte, nichts her, da der Bundesgerichtshof zur Reichweite der Aufhebung keine Ausführungen macht.

2.2. Allerdings ist eine Festlegung der Regulierungsbehörde im Sinne von § 29 EnWG auf eine erfolgreiche Anfechtungsbeschwerde hin grundsätzlich nur soweit aufzuheben, wie sie zwischen den Beteiligten des gerichtlichen Beschwerdeverfahrens wirkt (BGH, Beschluss vom 12.04.2016, EnVR 25/13, Rn. 39; Beschluss vom 16.12.2014, EnVR 54/13, Rn. 25 f. unter Verweis auf BVerwGE 124, 368 Rn. 27, jeweils - wie auch die nachfolgenden, nicht mit einer Fundstelle versehenen Entscheidungen - zitiert nach juris). Insoweit bestehen bei der Anfechtung einer Allgemeinverfügung i.S.d. § 35 Abs. 2 VwVfG, um die es sich bei einer Festlegung der Regulierungsbehörde gemäß § 29 Abs. 1 EnWG handelt (Boos in: Danner/Theobald, 100. EL, Energierecht, § 75 EnWG, Rn. 42), keine Besonderheiten gegenüber den allgemeinen Grundsätzen (BGH, Beschluss vom 12.04.2016, EnVR 25/13, Rn. 39; Beschluss vom 16.12.2014, EnVR 54/13, Rn. 25 f.). Sofern der Bundesgerichtshof keine Anordnungen zur Reichweite der Aufhebung getroffen hat, ist deshalb anzunehmen, dass eine Aufhebung allein *inter partes* erfolgen sollte. Hierfür spricht auch, dass der Bundesgerichtshof durch Beschluss vom 12.04.2016 (EnVR 25/13) die dort streitgegenständliche Festlegung zum Umlagemechanismus nach § 19 Abs. 2 StromNEV vom 14.12.2011 (BK8-11-024) – anders als im Streitfall - ausdrücklich mit Wirkung für alle Netzbetreiber aufgehoben hat.

2.3. Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass die Voraussetzungen für eine subjektiv beschränkte Aufhebung nicht vorgelegen hätten und deshalb nur eine Aufhebung *erga omnes* zulässig gewesen wäre. Denn die Ausgangsfestlegung ist in persönlicher Hinsicht teilbar, so dass die Voraussetzungen für eine subjektiv beschränkte Aufhebung vorlagen.

Für die Frage der persönlichen Teilbarkeit kommt es, soweit sich aus dem jeweiligen Fachrecht nichts Abweichendes ergibt, darauf an, ob der Verwaltungsakt von allen Adressaten nur einheitlich befolgt werden kann oder nicht. Unteilbar sind grundsätzlich solche Allgemeinverfügungen, deren Regelungen und Regelungsbestandteile einen untrennbaren Zusammenhang bilden (BGH jeweils a.a.O.). Demgemäß hat der Bundesgerichtshof im bereits zitierten Beschluss vom 12.04.2016 (EnVR 25/13, Rn. 42) zum Umlagemechanismus nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV festgestellt, dass die Festlegung nicht allein das Rechtsverhältnis zwischen der Bundesnetzagentur und einzelnen Netzbetreibern betreffe, sondern vielmehr einen komplexen Ausgleichsmechanismus zwischen einer Vielzahl von Beteiligten regele. Diese Regelung könne nur dann sinnvoll angewendet werden, wenn sie für alle betroffenen Netzbetreiber gleichermaßen gelte.

Im Streitfall setzt die Vereinbarung eines individuellen Netzentgeltes demgegenüber keine einheitliche Befolgung durch *alle* Adressaten voraus und ist damit teilbar. Ein individuelles Netzentgelt wird zwischen Letztverbraucher und jeweiligem Netzbetreiber vereinbart und entfaltet auch nur in diesem Rechtsverhältnis Wirkungen. Die Ausgangsfestlegung kann sinnvoll bezogen auf diese einzelnen Rechtsverhältnisse angewendet werden, ohne dass eine gesamthafte Regelung für alle Beteiligten erforderlich wäre. Dass die Netzbetreiber als Vertragspartner der in den Beschwerdeverfahren vor dem Bundesgerichtshof erfolgreichen Letztverbraucher nicht am Verfahren beteiligt waren und sich damit die Entscheidung nicht auf diese erstreckt, führt nicht zu der Annahme einer persönlichen Unteilbarkeit. Eine förmliche Erstreckung der Aufhebungswirkung auf die betroffenen Netzbetreiber war nicht erforderlich, da als eine Reflexwirkung aus der zulässigen, kaufmännisch-bilanziellen Betrachtung folgt, dass sich die Netzbetreiber einer Vereinbarung individueller Netzentgelte nach dieser Betrachtungsweise gegenüber den verfahrensbeteiligten, obsiegenden Letztverbrauchern

nicht verschließen können bzw. die Bundesnetzagentur die Genehmigung einer solchen Vereinbarung nicht versagen darf.

Allein der Umstand, dass die Bundesnetzagentur die Ausgangsfestlegung einheitlich erlassen hat und die Festlegung im Ausgangspunkt eine gleichmäßige Behandlung aller hiervon adressierten Letztverbraucher gewährleisten sollte, vermag schließlich die Annahme einer persönlichen Unteilbarkeit der Ausgangsfestlegung ebenfalls nicht zu begründen (vgl. BGH, Beschluss vom 16.12.2014, EnVR 54/13, Rn. 28).

3. Die einmonatige Beschwerdefrist (§ 78 Abs. 1 S. 1 EnWG) beginnt nach § 78 Abs. 1 S. 2 EnWG mit der Zustellung der Entscheidung der Regulierungsbehörde. Im Streitfall hat die Veröffentlichung im Amtsblatt der Bundesnetzagentur am 18.12.2018 die Zustellung rechtswirksam ersetzt.

3.1. Werden Entscheidungen der Regulierungsbehörde durch Festlegung nach § 29 Abs. 1 EnWG gegenüber allen oder einer Gruppe von Netzbetreibern oder von sonstigen Verpflichteten einer Vorschrift getroffen, kann die Zustellung nach § 73 Abs. 1 S. 1 durch öffentliche Bekanntmachung ersetzt werden (§ 73 Abs. 1a S. 1 EnWG). Diese wird dadurch bewirkt, dass der verfügende Teil der Festlegung oder des Änderungsbeschlusses, die Rechtsbehelfsbelehrung und ein Hinweis auf die Veröffentlichung der vollständigen Entscheidung auf der Internetseite der Regulierungsbehörde im Amtsblatt der Regulierungsbehörde bekannt gemacht werden.

Vorliegend hat die Bundesnetzagentur den Tenor sowie die Rechtsmittelbelehrung der Ausgangsfestlegung als einer Festlegung nach § 29 Abs. 1 EnWG in ihrem Amtsblatt (Ausgabe 24/2013) vom 18.12.2013 veröffentlicht, wobei sich ein Hinweis auf die Abrufbarkeit der vollständigen Entscheidung auf ihrer Internetseite befand.

3.2. Über die ihr nach § 73 Abs. 1 S. 3 EnWG eingeräumte Möglichkeit, die Zustellung zu ersetzen, entscheidet die Bundesnetzagentur nach pflichtgemäßem Ermessen (Bruhn in: BerlK-EnR, a.a.O., § 73 Rn. 12). Ob die Möglichkeit zur Ersetzung genutzt werden soll, soll nach der Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung die Regulierungsbehörde nach ordnungsgemäßer Abwägung entscheiden (BT-Drs. 17/6072; S. 93). Die Entscheidung über die Ersetzung der Zustellung ist entgegen der

Ansicht der Beschwerdeführerin ermessensfehlerfrei.

3.2.1. Dafür, dass die Bundesnetzagentur das ihr durch § 73 Abs. 1a S. 3 EnWG eingeräumte Ermessen nicht erkannt hätte, liegen keinerlei Anhaltspunkte vor. Dass die Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen ist, ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut. Dass die regelmäßig zu Ermessensentscheidungen veranlasste Bundesnetzagentur dies nicht erkannt haben sollte, ist fernliegend. Sie hat auch nicht in der Beschwerdeerwiderung zugestanden, ihr Ermessen verkannt zu haben, sondern dort ersichtlich die angestellten Ermessenserwägungen darlegt.

3.2.2. Es liegen auch weder ein Ermessensdefizit noch eine Ermessensüberschreitung vor.

Die Bundesnetzagentur hat zutreffend darauf hingewiesen, dass die Bekanntgabe im Wege der Einzelzustellung angesichts der hinreichend großen und vor allem auch im Einzelnen unbestimmten Gruppe von Adressaten, die nicht nur sämtliche Netzbetreiber, sondern vor allem auch alle für die Vereinbarung eines individuellen Netzentgeltes nach § 19 Abs. 2 EnWG in Betracht kommenden Letztverbraucher umfasste, von vornherein ausgeschlossen war. Denn es war der Bundesnetzagentur nicht möglich bzw. jedenfalls nicht mit vertretbarem Aufwand zumutbar, alle Letztverbraucher, die in Deutschland von den Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen in größerer Menge Strom beziehen (stromintensive Unternehmen), verlässlich zu identifizieren. Die Ermessensentscheidung war damit von vornherein auf eine Ersetzung der Zustellung reduziert, so dass die Ausübung des Ermessens durch die Bundesnetzagentur nicht zu beanstanden ist.

Hieraus folgt gleichzeitig, dass der Umstand, dass sie die Beschwerdeführerin nicht über die Einleitung des Verfahrens informiert hat, nicht als zu berücksichtigender Belang in die Ermessensentscheidung einzustellen war. Dies wäre angesichts der mangelnden Bestimmbarkeit eines Adressatenkreises der Festlegung, der stromintensiven Unternehmen, nicht möglich bzw. jedenfalls aber unverhältnismäßig gewesen. Zudem ist die Beschwerdeführerin durch die Ersetzung der Zustellung der Ausgangsfestlegung ohne vorherige Mitteilung der Einleitung des Verwaltungsverfahrens auch nicht in unzumutbarer Weise an der Rechtsverfolgung gehindert gewesen, wie im Einzelnen

noch auszuführen sein wird (siehe nachstehend unter III.2.2.3.).

3.2.3. Schließlich liegt kein Begründungsmangel darin, dass sich in der Ausgangsfestlegung keine Erwägungen dazu finden, aus welchen Gründen die Ersetzung der Zustellung gemäß § 73 Abs. 1a S. 3 EnWG anstelle einer individuellen Zustellung erfolgen soll.

Eine ausdrückliche Begründung war nicht erforderlich. Wie der Senat bereits entschieden hat, ist das Verwaltungsverfahren als Entscheidungsprozess von einer Vielzahl von Ermessensentscheidungen geprägt, die nicht alle aktenkundig gemacht werden können. Etwas Derartiges wird selbst für Gerichtsverfahren nicht gefordert. Die Anforderungen an die Begründung des Verfahrensermessens müssen daher geringer sein als die in § 39 Abs. 1 Satz 3 VwVfG genannten (Senat, Beschluss vom 17.10.2018, VI-3 Kart 82/17, BeckRS 2018, 29267, beck-online; vgl. auch Schmitz in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl., § 10 Rn. 19 m.w.N.). Zudem geht das Bundesverwaltungsgericht bezogen auf die Ausübung materiellen Ermessens davon aus, dass, wenn eine ermessenseinräumende Vorschrift dahin auszulegen ist, dass sie für den Regelfall von einer Ermessensausübung in einem bestimmten Sinne ausgeht, besondere Gründe vorliegen müssen, um eine gegenteilige Entscheidung zu rechtfertigen. Liegt danach ein vom Regelfall abweichender Sachverhalt nicht vor, versteht sich das Ergebnis der Abwägung von selbst und bedarf insoweit nach § 39 Abs. 1 S. 3 VwVfG auch keiner das Selbstverständliche darstellenden Begründung (BVerwG, Urteil v. 16.06.1997, 3 C 22-96, NJW 1998, 2233, 2234, beck-online). Der dahinter stehende Rechtsgedanke, dass eine das Selbstverständliche darstellende Begründung entbehrlich ist, ist angesichts der ohnehin geringeren Begründungsanforderungen an das Verfahrensermessen auf den Streitfall übertragbar (vgl. Senat, a.a.O.). Wie bereits aufgezeigt, ergibt sich die Selbstverständlichkeit aus dem Umstand, dass der Adressatenkreis der Ausgangsfestlegung nicht bestimmbar war und deshalb nur eine Ersetzung der Zustellung in Betracht kam.

4. Da der Lauf der einmonatigen Beschwerdefrist gegen die Ausgangsfestlegung gemäß § 73 Abs. 1a S. 3 EnWG zwei Wochen nach Verstreichen des Tages der Bekanntmachung im Bundesanzeiger am 18.12.2013, d.h. am 02.01.2014 begann, war die erst mit Schriftsatz vom 18.01.2018 eingelegte Beschwerde verfristet.

II. Die mit den Anträgen zu 2. und 3. hilfsweise verfolgte Beschwerde ist zulässig, insbesondere ist sie als Verpflichtungsbeschwerde statthaft (§§ 75 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, 78 Abs. 1, Abs. 3, 83 Abs. 4 EnWG). Die Beschwerdeführerin ist auch beschwerdebefugt.

Voraussetzung der Beschwerdebefugnis nach § 75 Abs. 3 EnWG ist zunächst, dass die Beschwerdeführerin einen Rechtsanspruch geltend macht. Dementsprechend ist eine Beschwerdebefugnis in Entsprechung zu § 42 Abs. 2 VwGO bei der Verpflichtungsbeschwerde zu bejahen, wenn die Möglichkeit besteht, dass die Beschwerdeführerin in ihren subjektiven Rechten verletzt ist (Johanns/Roesen in: BerlK-EnR, Band 1, Halbband 2, 4. Aufl., § 75 EnWG Rn. 29; Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl., § 75 Rn. 9). Dies ist hier der Fall, da sie Adressatin der Ausgangsfestlegung und damit auch der diese abändernden Änderungsfestlegung ist, in der die Voraussetzungen für die Vereinbarung eines individuellen Netzentgeltes zwischen ihr als Netznutzerin und der Netzbetreiberin wegen hoher Benutzungstundenzahl und hohem Stromverbrauch gemäß § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV unmittelbar geregelt wird. Durch diese unmittelbar wirksamen, im konkreten Fall für sie nachteiligen Voraussetzungen ist sie in eigenen Rechten betroffen.

Die Beschwerdeführerin hat des Weiteren bereits im Verwaltungsverfahren durch ihre Stellungnahme im Konsultationsverfahren die mit der Beschwerde begehrte rückwirkende Anpassung von Tenorziffer 3.a) der Ausgangsfestlegung zum 01.01.2014 geltend gemacht.

III. Die formell rechtmäßige Änderungsfestlegung ist materiell rechtswidrig, da die Bundesnetzagentur das ihr zustehende Auswahlermessen fehlerhaft ausgeübt hat.

1. Die Befugnis der Bundesnetzagentur zur Abänderung der Ausgangsfestlegung beruht auf § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG i.V.m. § 29 Abs. 1 EnWG, § 30 Abs. 2 Nr. 7 StromNEV.

1.1. Anders als von der Bundesnetzagentur im angefochtenen Beschluss ausgeführt, kommt § 29 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 EnWG i.V.m. § 19 Abs. 2 StromNEV und § 30

Abs. 2 Nr. 7 StromNEV nicht als Ermächtigungsgrundlage für die Änderungsfestlegung in Betracht.

Nach § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG ist die Regulierungsbehörde befugt, die nach Abs. 1 von ihr festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden nachträglich zu ändern, soweit dies erforderlich ist, um sicherzustellen, dass sie weiterhin den Voraussetzungen für eine Festlegung oder Genehmigung genügen.

1.1.1. Sinn und Zweck der Vorschrift sprechen dagegen, diese auf Fälle anzuwenden, in denen die Ausgangsfestlegung - im Streitfall teilweise - von Anfang an materiell rechtswidrig ist und die Rechtswidrigkeit der Regulierungsbehörde erst später infolge einschlägiger gerichtlicher Entscheidungen offenbar wird, ohne dass sich die rechtlichen oder tatsächlichen Rahmenbedingungen geändert hätten.

§ 29 Abs. 2 S. 1 EnWG soll der Regulierungsbehörde flexible Instrumente an die Hand geben, die notwendig sind, um die getroffenen Entscheidungen an veränderte tatsächliche oder rechtliche Umstände anzupassen und so die Effektivität der Regulierung zu sichern (Schmidt-Preuß in: BerK-EnR, Band 1, Halbband 1, 4. Aufl., § 29 EnWG Rn. 69; Wahlhäuser in: Kment, EnWG, 2. Aufl., § 29 Rn. 33). Der Bundesgerichtshof geht deshalb in ständiger Rechtsprechung (Beschluss vom 12.07.2016, EnVR 15/15, Rn. 35; Beschluss vom 09.04.2019, EnVR 57/18, Rn. 20 f.) davon aus, dass eine Änderung nach § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG auch dann zulässig ist, wenn die einschlägigen Rechtsvorschriften unverändert geblieben sind, sich nach dem Erlass der betroffenen Regelung aber neue Erkenntnisse ergeben haben, die zu der Beurteilung führen, dass die bisherige Regelung den Anforderungen dieser Rechtsvorschriften nicht genügt. Der Umstand, dass die Regulierungsbehörde in der Regel mit einem komplexen Sachverhalt konfrontiert ist und ihre Entscheidung häufig auf Prognoseelemente stützen muss, könne es mit sich bringen, dass sich eine Einschätzung aufgrund späterer Entwicklungen oder aufgrund später gewonnener Erkenntnisse über technische, wirtschaftliche oder sonstige relevante Verhältnisse des Netzbetriebs nachträglich als unzutreffend erweist. Auch dann müsse es möglich sein, zumindest für die Zukunft einen mit dem Gesetz in Einklang stehenden Zustand herzustellen (BGH jeweils a.a.O.).

Das Risiko einer abweichenden höchstrichterlichen Beurteilung der Rechtslage stellt indes keine Besonderheit des Energiewirtschaftsrechts dar, die - vergleichbar mit den vom Bundesgerichtshof in Bezug genommenen relevanten Verhältnissen des Netzbetriebs – einen Bedarf für eine besondere Flexibilität der Regulierungsbehörden begründen könnte. Die richtige Beurteilung der Rechtslage ist – wie bei allen anderen Verwaltungsakten, die aufgrund einer unrichtigen Rechtsansicht der Behörde ergehen und deren Rücknahme § 48 VwVfG ermöglicht - grundsätzlich schon bei Erlass der Ausgangsfestlegung möglich.

1.1.2. Jedenfalls ist eine *rückwirkende* Änderung der Ausgangsfestlegung, wie sie von der Bundesnetzagentur für den Zeitraum ab dem 01.01.2017 vorgesehen und von der Beschwerdeführerin darüber hinausgehend für den Zeitraum ab dem 01.01.2014 begehrt wird, nicht von der Änderungsbefugnis nach § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG erfasst.

Der Bundesgerichtshof hat die Frage der rückwirkenden Änderung in seinem Beschluss vom 12.07.2016 (EnVR 15/15, Rn. 33) zwar ausdrücklich offengelassen, aber ausgeführt, dass sich aus dem Anwendungsbereich und dem Zweck von § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG ergebe, dass Änderungen nach dieser Vorschrift in der Regel nur mit Wirkung für die Zukunft angeordnet werden können (BGH a.a.O., Rn. 30). Der 5. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf geht in ständiger Rechtsprechung mit überzeugenden Argumenten, denen der Senat sich anschließt, davon aus, dass § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG auf Änderungen mit Wirkung auf die Zukunft beschränkt ist und damit keine Änderungen mit Wirkung für die Vergangenheit ermöglicht (Beschlüsse vom 06.10.2016, VI-5 Kart 13/15, Rn. 24 ff., und VI-5 Kart 21/14, Rn. 67; Beschluss vom 27.04.2017, VI- 5 Kart 17/15 (V), Rn. 152). So spricht bereits der Wortlaut der Norm, wonach die Änderungsbefugnis sicherstellen soll, dass die festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden "weiterhin" den einschlägigen Voraussetzungen entsprechen und der damit ersichtlich zukunftsgerichtet ist, für eine Anpassung *ex nunc*. Auch Sinn und Zweck der Regelung sprechen für dieses Verständnis. Danach soll der Regulierungsbehörde im Hinblick darauf, dass die Faktoren für die Beurteilung der Angemessenheit der Bedingungen und Methoden für den Netzanschluss oder Netzzugang und deren nicht diskriminierende Anwendung aufgrund der komplexen Strukturen des Netzbetriebs häufig schwer zu beurteilen sind und einem raschen zeit-

lichen Wandel unterliegen, ein möglichst flexibles Instrumentarium an die Hand gegeben werden, damit sie die getroffenen Entscheidungen an veränderte tatsächliche oder rechtliche Umstände anpassen und so die Effektivität der Regulierung sichern kann (BGH, a.a.O., Rn. 27). Schließlich spricht auch der Umstand, dass § 29 Abs. 2 Satz 1 EnWG - anders als § 48 Abs. 2, Abs. 3 sowie § 49 Abs. 2, Abs. 3 VwVfG NRW - keine ausdrücklichen Regelungen zum Vertrauensschutz enthält, für eine Beschränkung auf lediglich zukünftige Änderungen, weil diese insoweit grundsätzlich weniger einschneidend sind (vgl. BGH, a.a.O. Rn. 30).

1.2. Die Änderungsfestlegung kann aber auf § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG i.V.m. § 29 Abs. 1 EnWG, § 32 Abs. 2 Nr. 7 StromNEV gestützt werden, wonach ein rechtswidriger Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden kann.

1.2.1. Die Rücknahme richtet sich im Streitfall nach § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG, da sich die Ausgangsfestlegung vom maßgeblichen Interessenstandpunkt der Beschwerdeführerin aus (vgl. BGH, Beschluss vom 23.01.2018, EnVR 5/17, Rn. 17) als belastender Verwaltungsakt darstellt. Das Verbot der Berücksichtigung kaufmännisch-bilanziellen Strombezugs im Rahmen der Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV erschwert es ihr, die Voraussetzungen für die Vereinbarung eines für sie wirtschaftlich vorteilhaften individuellen Netzentgeltes mit der Netzbetreiberin zu erfüllen.

1.2.2. Dass die Bundesnetzagentur § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG nicht als Ermächtigungsgrundlage für die Änderungsfestlegung benannt hat, ist unschädlich, da der Senat grundsätzlich alle einschlägigen Rechtsvorschriften und alle rechtserheblichen Tatsachen zu berücksichtigen hat, unabhängig davon, ob die Normen und Tatsachen von der erlassenden Behörde zur Begründung des Verwaltungsaktes angeführt worden sind oder nicht. Die anderweitige rechtliche Begründung führt auch nicht zu einer Wesensveränderung der Änderungsfestlegung. Denn § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG und § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG eröffnen jeweils eine Ermessensentscheidung der Bundesnetzagentur über die Änderung bzw. Rücknahme, die nach denselben rechtlichen Maßstäben zu beurteilen ist und insbesondere die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gebietet. § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG verlangt lediglich zusätzlich, dass die nachträgliche Änderung erforderlich ist, um sicherzustellen, dass der Rechtsakt weiterhin

den Voraussetzungen für eine Festlegung oder Genehmigung genügen, und ist damit sogar enger gefasst.

2. Die Bundesnetzagentur hat zwar das ihr zustehende Entschließungsermessen bezüglich des „Obs der Abänderung“ fehlerfrei ausgeübt, nicht aber das ihr zustehende Auswahlermessen bezüglich der hier streitgegenständlichen Modalitäten der Änderung in zeitlicher Hinsicht.

Die Ausübung des eine Abwägung zwischen unterschiedlichen gesetzlichen Zielvorgaben erfordernden Regulierungsermessens ist vom Gericht zu beanstanden, wenn eine Abwägung überhaupt nicht stattgefunden hat (Abwägungsausfall), wenn in die Abwägung nicht an Belangen eingestellt worden ist, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden musste (Abwägungsdefizit), wenn die Bedeutung der betroffenen Belange verkannt worden ist (Abwägungsfehleinschätzung) oder wenn der Ausgleich zwischen ihnen zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht (Abwägungsdisproportionalität) (BGH, Beschluss vom 21.01.2014, EnVR 12/12, Rn. 27).

Ein Abwägungsausfall ist vorliegend nicht festzustellen, die Bundesnetzagentur hat das ihr zustehende Ermessen erkannt und ausgeübt und ihre diesbezüglichen Erwägungen insbesondere unter Ziff. 3 der Gründe der Änderungsfestlegung dargelegt. Sie hat jedoch verkannt, dass der Beschwerdeführerin hinsichtlich des Anzeigjahres 2016 ein Anspruch auf rückwirkende Abänderung der Ausgangsfestlegung infolge einer Ermessensreduzierung auf Null zusteht, wie mit dem Hauptantrag geltend gemacht (nachstehend unter 2.1.). Hinsichtlich der Anzeigenjahre 2014 und 2015 besteht indes kein solcher Anspruch der Beschwerdeführerin, da die Voraussetzungen für eine Ermessensreduzierung auf Null im Übrigen nicht vorliegen (nachstehend unter 2.2. und 2.3.). Die Entscheidung ist aber gleichwohl ermessensfehlerhaft, weil die Bundesnetzagentur nicht beachtet hat, dass die Ermessensausübung durch das einschlägige Fachrecht vorgezeichnet ist (nachstehend unter 2.4.) und eine Abwägungsfehleinschätzung im Hinblick auf die Gewichtung des Gebots der Rechtssicherheit vorliegt (nachstehend unter 2.5.).

2.1. Die Beschwerdeführerin hat einen Anspruch auf rückwirkende Abänderung von Tenorziffer 3.a) der Ausgangsfestlegung zum 01.01.2016, da deren Aufrechterhaltung wegen einer bereits im Jahr 2016 offenbar gewordenen offensichtlichen Rechtswidrigkeit der Regelung „schlechthin unerträglich“ ist.

2.1.1. Allein die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts begründet keinen Anspruch auf Rücknahme, da der Rechtsverstoß lediglich die Voraussetzung einer Ermessensentscheidung der Behörde ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts besteht mit Blick auf das Gebot der materiellen Gerechtigkeit aber ausnahmsweise dann ein Anspruch auf Rücknahme eines bestandskräftigen Verwaltungsakts, wenn dessen Aufrechterhaltung "schlechthin unerträglich" ist (BVerwG, Vorlagebeschluss vom 07.07.2004, 6 C 24/03, Rn. 15; Urteil vom 09.05.2012, 6 C 3/11, Rn. 51 m.w.N.). Dem hat sich der Bundesgerichtshof für energiewirtschaftsrechtliche Fälle ausdrücklich angeschlossen (BGH, Beschluss vom 21.01.2018, EnVR 5/17, Rn. 24). Ob sich die Aufrechterhaltung des Verwaltungsakts als schlechthin unerträglich erweist, hängt nach dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung von den Umständen des Einzelfalls und einer Gewichtung der einschlägigen Gesichtspunkte ab. Das Festhalten an dem Verwaltungsakt ist insbesondere dann "schlechthin unerträglich", wenn die Behörde durch unterschiedliche Ausübung der Rücknahmebefugnis in gleichen oder ähnlich gelagerten Fällen gegen den allgemeinen Gleichheitssatz verstößt oder wenn Umstände gegeben sind, die die Berufung der Behörde auf die Unanfechtbarkeit als einen Verstoß gegen die guten Sitten oder Treu und Glauben erscheinen lassen. Die offensichtliche Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts, dessen Rücknahme begehrt wird, kann ebenfalls die Annahme rechtfertigen, seine Aufrechterhaltung sei schlechthin unerträglich.

2.1.2. Nach diesen Vorgaben ist hinsichtlich des Anzeigejahrs 2016 das Ermessen der Bundesnetzagentur auf Null reduziert, da bereits im Jahr 2016 die offensichtliche Rechtswidrigkeit von Tenorziffer 3.a) der Ausgangsfestlegung feststand.

2.1.2.1. Eine offensichtliche Rechtswidrigkeit liegt vor, wenn an der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes vernünftigerweise kein Zweifel besteht und sich deshalb die Rechtswidrigkeit aufdrängt (vgl. BVerwG, Urteil vom 17.01.2007, 6 C 32/06; Sachs, in:

Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 48 Rn. 85). Evident rechtswidrig ist eine Regulierungsentscheidung nicht nur, wenn sie eindeutig in Widerspruch zur höchstrichterlichen Rechtsprechung steht, sondern auch, wenn sich unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt vernünftige Zweifel an dieser Bewertung ergeben, so etwa wenn sich die Rechtswidrigkeit schon aus der einfachen Rechtsanwendung einer eindeutigen Vorschrift oder bei Subsumtion unter unmissverständliche Tatbestandsmerkmale ergibt.

2.1.2.2. Die Rechtswidrigkeit der streitgegenständlichen Festlegung drängte sich nicht erst mit den Beschlüssen des Bundesgerichtshofs in den Verfahren EnVR 39/15 und 40/15 auf, sondern war bereits mit der Verkündung des Tenors in dem Verfahren EnVR 38/15 am 13.12.2016 evident. Streitgegenstand des dortige Verfahrens war die Weigerung der Bundesnetzagentur, die unter Zugrundelegung kaufmännisch-bilanziell abgerechneten, netzentgeltpflichtigen Strombezugs geschlossenen individuellen Netzentgeltvereinbarungen nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV zwischen der dortigen Beschwerdeführerin und der Netzbetreiberin für die Jahre 2011 und 2012 zu genehmigen. Dies hatte die Bundesnetzagentur mit der Begründung verweigert, dass die Benutzungsstundenzahl nicht erreicht sei, weil hierfür allein der physikalische Strombezug aus dem Netz maßgeblich sei. Die rechtliche Frage, ob kaufmännisch-bilanziell abgerechneter Strombezug im Rahmen der Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV berücksichtigungsfähig ist, ist somit identisch mit der Frage, die Streitgegenstand der Verfahren EnVR 39/15 und 40/15 war, in denen es um die Rechtmäßigkeit der ebendies festschreibenden Tenorziffer 3.a) der Ausgangsfestlegung ging. Die Verfahren entschieden sich lediglich im rechtlichen Ausgangspunkt, da für die Anzeigjahre 2011 und 2012 noch das Genehmigungsverfahren galt und die Ausgangsfestlegung noch nicht beschlossen war.

Dass der Bundesgerichtshof in den Verfahren zu unterschiedlichen Einschätzungen kommen würde, erscheint vor diesem Hintergrund ausgeschlossen. Damit konnte aus Sicht der Bundesnetzagentur vernünftigerweise kein Zweifel bestehen, dass die bereits in der Entscheidung zum Ausdruck kommende rechtliche Bewertung auch im Hinblick auf die Tenorziffer 3.a) der Ausgangsfestlegung gelten musste. Für diese Feststellung bedurfte es auch nicht der Kenntnis der Entscheidungsgründe. Die Rechtmä-

ßigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Betrachtungsweise war der einzige Streitgegenstand, so dass die Verurteilung der Bundesnetzagentur zur Neubescheidung nur den Schluss auf die Rechtswidrigkeit ihrer diesbezüglich vertretenen Rechtsansicht zuließ.

2.1.2.3. Ob die Aufrechterhaltung eines Verwaltungsakts wegen offensichtlicher Rechtswidrigkeit schlechthin unerträglich ist, hängt allein von der Frage ab, ob sich dessen Rechtswidrigkeit aufdrängt, so dass sich die Bundesnetzagentur nicht darauf berufen kann, sie hätte zunächst abwarten müssen, ob der Bundesgerichtshof in den Verfahren EnVR 39/15 und 40 /15 Tenorziffer 3.a) *ex nunc* oder *ex tunc* aufheben würde.

2.2. Das der Bundesnetzagentur gemäß § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG eingeräumte Ermessen hat sich unter Berücksichtigung der von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen einer Ermessensreduzierung auf Null auch nicht dahin verdichtet, dass im Hinblick auf die Anzeigejahre 2014 und 2015 nur die rückwirkende Aufhebung von Tenorziffer 3.a) zum 01.01.2014 ermessensfehlerfrei war.

2.2.1. Eine Ermessensreduzierung auf Null ergibt sich nicht deshalb, weil die angefochtene Änderungsfestlegung die Regelung in Tenorziffer 3.a) der Ausgangsfestlegung vollständig ersetzt hätte mit der Folge, dass die Bestandskraft der Ausgangsfestlegung vollständig entfallen wäre und die Bundesnetzagentur der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch in zeitlicher Hinsicht vollumfänglich Rechnung tragen müsste. Denn bei der angefochtenen Änderungsfestlegung handelt es sich um eine zulässige *teilweise* substitutive Änderung von Tenorziffer 3.a) der bestandskräftigen Ausgangsfestlegung, die diese im Übrigen unberührt lässt, und nicht um deren vollständige Ersetzung. Die durch die Änderungsfestlegung vorgenommene Regelung bezüglich der Zulässigkeit kaufmännisch-bilanzieller Betrachtung ist in zeitlicher Hinsicht teilbar, da eine Betrachtung der einzelnen Anzeigejahre inhaltlich unabhängig voneinander erfolgen kann (vgl. zur zeitlichen Teilbarkeit von Verwaltungsakten mit Dauerwirkung Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 44 Rn. 195 m.w.N.), so dass auch eine nur teilweise Änderung einer Festlegung ab dem Anzeigejahr 2017 zulässig war (vgl. Britz/Herzmann in: Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 29 Rn. 24).

2.2.2. Tenorziffer 3.a) des Ausgangsbescheids war zudem bis zu der höchstrichterlichen Klärung der Rechtsfrage, ob die Berücksichtigung des kaufmännisch-bilanziellen Strombezug im Rahmen der Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV zulässig ist, nicht offensichtlich rechtswidrig.

Die bei der Prüfung der Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Betrachtungsweise im Rahmen der Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV zu entscheidenden Rechtsfragen sind von hoher Komplexität und nicht durch schlichte Anwendung einschlägiger Vorschriften zu beantworten. Dies folgt schon aus den umfangreichen Ausführungen, die sowohl der Bundesgerichtshof als auch erstinstanzlich der Senat in seinen Beschlüssen vom 15.07.2015 (VI-3 Kart 79/14 (V) und VI-3 Kart 64/14 (V)) zur Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Betrachtungsweise gemacht und die eine umfangreiche Auslegung von § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV erfordert haben. Dass der erkennende Senat die Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Betrachtungsweise in seinen Entscheidungen noch verneint hat, spricht zusätzlich für die rechtliche Komplexität der Streitfrage.

2.2.3. Eine Ermessensreduzierung auf Null folgt auch nicht daraus, dass die Bundesnetzagentur aus Treu und Glauben gehindert wäre, sich gegenüber der Beschwerdeführerin auf die Bestandskraft der Ausgangsfestlegung zu berufen und diese deshalb mit Wirkung *ex tunc* abzuändern hätte.

Eine Ermessensreduzierung auf Null wegen des Grundsatzes von Treu und Glauben hat der Bundesgerichtshof dann angenommen, wenn die maßgeblichen Ursachen für die Rechtswidrigkeit ausschließlich der Sphäre der Bundesnetzagentur zuzuordnen sind und der Adressat keine Möglichkeit hatte, die Entscheidung gerichtlich überprüfen zu lassen (Beschluss vom 23.01.2018, EnVR 5/17, Rn. 22). Zwar liegt die Ursache für die Rechtswidrigkeit vorliegend in der Sphäre der Bundesnetzagentur, die die Rechtslage falsch beurteilt hat, ohne dass es auf die Vorwerfbarkeit dieses Rechtsirrtums ankäme. Die Rechtsschutzmöglichkeiten der Beschwerdeführerin, aber auch der anderen Letztverbraucher, für die der Abschluss einer Vereinbarung eines individuellen Netzentgeltes unter Berücksichtigung kaufmännisch-bilanziell entnommener Strommengen in Betracht kam, waren jedoch nicht in unzumutbarer Weise eingeschränkt.

2.2.3.1. Es bestand eine zumutbare Möglichkeit, die Ausgangsfestlegung zur Kenntnis zu nehmen und in der Folge gegen diese ein Rechtsmittel einzulegen. Der Streitfall unterscheidet sich damit von der Fallkonstellation, die Gegenstand des Beschlusses des Bundesgerichtshofs vom 23.01.2018 (EnVR 5/17) war und in der ein Fehler der Bundesnetzagentur vorlag, der für die dortige Beschwerdeführerin nicht erkennbar war, so dass sie außerstande war, diesen zu benennen und gerichtlich geltend zu machen.

Die Vereinbarung eines individuellen Netzentgeltes gestützt auf Benutzungszahl und einen hohen Stromverbrauch gemäß § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV kommt für industrielle Großverbraucher als Letztverbraucher in Betracht. Das aus der hierdurch ermöglichten Netzentgeltersparnis resultierende wirtschaftliche Interesse ist – wie sich bereits aus den hohen Verbrauchsanforderungen für die Vereinbarung eines solchen Entgeltes ergibt – erheblich. Es war deshalb für die von Tenorziffer 3.a) adressierten Letztverbraucher angezeigt, das regulierungsbehördliche Verhalten der Bundesnetzagentur bezogen auf die individuellen Netzentgelte nach § 19 StromNEV zu beobachten und insbesondere zu verfolgen, ob und welche rechtsverbindlichen Regelungen die Bundesnetzagentur trifft. Dass diese Letztverbraucher anders als Netzbetreiber nicht gewöhnlich und regelmäßig Adressaten regulierungsbehördlicher Festlegungen sind, ändert daran nichts, da für diese Letztverbrauchergruppe jedenfalls klar ersichtlich war, dass regulatorische Vorgaben im Rahmen des individuellen Netzentgeltes für sie wirtschaftlich bedeutsam werden konnten. Die Ausgangsfestlegung ist auch nicht völlig überraschend ergangen. Die in 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV in der damaligen Fassung normierten Voraussetzungen waren etwa im - rechtlich unverbindlichen (vgl. Senat, Beschluss vom 18.01.2017, VI-3 Kart 148/15 (V)) - „Leitfaden zur Genehmigung von Befreiungen von Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV“ (Stand Dezember 2012, abrufbar unter bundesnetzagentur.de) thematisiert, der auch Vorgaben zur Ermittlung der Benutzungszahlen und des Verbrauchs enthielt. Für die Ermittlung sachgerechter Entgelte im Rahmen der Genehmigung von individuellen Netzentgeltvereinbarungen gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 StromNEV in der damaligen Fassung war bereits durch Beschluss vom 05.12.2012 eine Festlegung ergangen (BK4-12-1656).

Den von der Regelung in Tenorziffer 3.a) adressierten Letztverbrauchern war es – unabhängig davon, ob sie sich energierechtlich haben anwaltlich beraten lassen oder

nicht – auch möglich, sich über den Stand der regulatorischen Vorgaben zu informieren. Hierfür hätte es nicht der regelmäßigen Lektüre des Amtsblattes der Bundesnetzagentur bedurft, sondern dies hätte unschwer etwa durch Nachfragen bei der Bundesnetzagentur oder über die Internetseite der Bundesnetzagentur recherchiert werden können. Die Änderungsfestlegung war von ihrem Regelungsgehalt auch geeignet, bei den betroffenen Letztverbrauchern und Netzbetreibern erhebliche Aufmerksamkeit zu generieren, da dort nicht nur Vorgaben zur Ermittlung der Benutzungsstunden und des Verbrauchs gemacht wurden, sondern vielmehr auf die am 22.08.2013 in Kraft getretene Neuregelung von § 19 Abs. 2 S. 2-4 StromNEV reagiert worden ist, durch die infolge der zur Vorgängerfassung ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung individuelle Netzentgeltvereinbarungen anstelle von Netzentgeltbefreiungen stromintensiver Unternehmen eingeführt worden sind. In diesem Zusammenhang werden in der Ausgangsfestlegung insbesondere die praktisch überaus bedeutsame Einführung und Ausgestaltung des durch § 19 Abs. 2 S. 7 StromNEV ermöglichten Anzeigeverfahrens anstelle des Genehmigungsverfahrens geregelt. Eckpunkte betreffend die beabsichtigte Ausgangsfestlegung als Konsultationspapier waren ausweislich des diesbezüglichen Internetauftritts der Bundesnetzagentur am 29.03.2013 erschienen.

Angesichts der zumutbaren Möglichkeit der Kenntnisnahme für die adressierten Letztverbraucher kommt es nicht darauf an, ob jeder einzelne der von der Ausgangsfestlegung adressierten Letztverbraucher von dieser positive Kenntnis hatte, und bestand für die Bundesnetzagentur auch kein Anlass, die Ausgangsfestlegung in zusätzlicher Art und Weise, etwa durch ein informelles Rundschreiben, potentiellen Adressaten bekanntzumachen.

2.2.3.2. Die Einlegung eines Rechtsmittels gegen die Ausgangsfestlegung war auch nicht aus praktischen Gründen unzumutbar. Ihr steht nicht entgegen, dass das Anzeigeverfahren ein Novum und der Umgang damit im Rechtsbehelfsverfahren noch im Einzelnen ungeklärt war. Es war jedenfalls kein unzumutbares Risiko damit verbunden, gegen eine belastende Auslegungsfestlegung der Bundesnetzagentur Beschwerde einzulegen. Auch diejenigen Letztverbraucher, denen die Vereinbarung eines individuellen Netzentgeltes durch den zuständigen Netzbetreiber unter Hinweis auf die Ausgangsfestlegung versagt worden ist, hätten in zumutbarer Weise zur Durchsetzung ihres Anspruchs ein rechtsmittelfähiges, behördliches Missbrauchsverfahren

austragen können. Zwar wäre zu erwarten gewesen, dass das Begehren im behördlichen Missbrauchsverfahren angesichts der von der Bundesnetzagentur vertretenen Ansicht erfolglos gewesen wäre. Die gegen diese Entscheidung gerichtete Beschwerde hätte aber in gleicher Weise zu einer gerichtlichen Überprüfung der Rechtsansicht der Bundesnetzagentur geführt wie die Beschwerde gegen die Ausgangsfestlegung.

2.2.4. Auch eine Ermessensreduzierung auf Null, die sich aus dem Gleichheitssatz (Art. 3 GG) ergibt, liegt nicht vor.

2.2.4.1. Es verstößt nicht gegen den Gleichheitssatz, dass die Bundesnetzagentur im Ausgangspunkt zwischen solchen Letztverbrauchern, die Beschwerde gegen die Ausgangsfestlegung eingelegt haben, und solchen, die dies nicht getan haben, differenziert hat. Der Bundesgerichtshof hat unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bereits mehrfach entschieden, dass die Bestandskraft einer allgemeinen Festlegung eine sachliche Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung im Vergleich zu denjenigen Netzbetreibern, die die Festlegung angefochten haben, darstellt (BGH, Beschluss vom 23.01.2018, EnVR 5/17, Rn. 22; Beschluss vom 16.12.2014, EnVR 54/13, Rn. 32). Dies folgt daraus, dass, wenn die Rücknahme eines bestandskräftigen belastenden Verwaltungsaktes begehrt wird, nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bei der Ausübung des Rücknahmeermessens in Rechnung zu stellen ist, dass dem Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit prinzipiell kein größeres Gewicht zukommt als dem Grundsatz der Rechtssicherheit, sofern dem anzuwendenden Recht nicht ausnahmsweise eine andere Wertung zu entnehmen ist (BVerwG, Beschluss vom 07.07.2004, 6 C 24/03, BeckRS 2004, 25337; BVerwG, Urteil vom 19.10.1967, III C 123/66, NJW 1968, 315, 316, jeweils bei beck-online). Das der materiellen Einzelfallgerechtigkeit gegenläufige Gebot der Rechtssicherheit ist ein wesentliches Element der Rechtsstaatlichkeit und damit eines Konstitutionsprinzips des Grundgesetzes (vgl. BVerfG, Beschluss vom 20.4.1982, 2 BvL 26/81, BVerfGE 60, 253 m.w.N.). Der Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit ist hingegen im Antrags- oder Rechtsmittelverfahren zu verwirklichen (BVerwG a.a.O.).

Diese Erwägungen sind auch auf das Verhältnis zwischen den nicht an den erfolgreichen Beschwerdeverfahren beteiligten Letztverbrauchern einerseits und den ebenfalls nicht an diesen Verfahren beteiligten Netzbetreibern, die Vertragspartner der erfolgreichen Beschwerdeführerinnen gegen den Ausgangsbescheid sind, übertragbar. Soweit sich die höchstrichterliche Entscheidung vom 15.05.2017 letzteren gegenüber faktisch dahingehend auswirkt, dass diese im Verhältnis zu den Beschwerdeführerinnen an der Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Betrachtungsweise festgehalten werden, ohne selbst Verfahrensbeteiligte zu sein, so liegt zwar eine Ungleichbehandlung gegenüber anderen Nicht-Verfahrensbeteiligten vor. Diese lässt sich aber mit dem tatsächlichen Näheverhältnis zu den erfolgreichen Beschwerdeführerinnen rechtfertigen.

2.2.4.2. Eine Ermessensreduzierung auf Null ergibt sich des Weiteren nicht aus einer Selbstbindung der Verwaltung durch die von der Beschwerdeführerin herangezogene rückwirkende Aufhebung der sog. Redispatch-Festlegung (Festlegung von Kriterien für die Bestimmung einer angemessenen Vergütung bei strombedingten Redispatch-Maßnahmen und bei spannungsbedingten Anpassungen der Wirkleistungseinspeisung) vom 30.10.2012 (BK8-12-019).

Eine Pflicht zur Rücknahme kann sich aus dem Gleichheitssatz des Art. 3 GG ergeben, wenn sich eine Verwaltungspraxis und damit eine Selbstbindung der Verwaltung dahin gebildet hat, dass in Fällen bestimmter Art der Verwaltungsakt zurückgenommen wird und eine Abweichung von einer solchen Praxis im konkreten Fall nicht auf sachgerechten Erwägungen beruht (BVerwG, Urteil vom 05.09.1966, V C 174.65, Rn. 11; OVG Münster, Beschluss vom 13.04.2004, 15 A 1113/04, Rn. 10).

Es kann dahinstehen, ob sich die Erwägungen, die maßgeblich für die rückwirkende Aufhebung der Redispatch-Festlegung mit Wirkung zum 17.12.2012 waren, auf den Streitfall übertragbar sind. Die Bundesnetzagentur hatte die rückwirkende Aufhebung im Wesentlichen damit begründet, dass dem öffentlichen Interesse an der Aufhebung der Festlegung ein weit überwiegendes Gewicht zukomme, um den aufgrund der Entscheidung des Senats (Aufhebung der Redispatch-Festlegung in 13 Beschwerdeverfahren *inter partes*, etwa VI-3 Kart 332/12 (V)) gebotenen Rechtszustand für alle Beteiligten gleichermaßen auch mit Wirkung für die Vergangenheit einzuführen. Dies

werde besonders in den Fällen deutlich, in denen gegenüber einem Vertragspartner der Redispatch-Verträge die Festlegung gerichtlich aufgehoben worden sei, gegenüber dem anderen Vertragspartner jedoch nicht. Für eine Übertragbarkeit auf den Streitfall spricht, dass die Bundesnetzagentur in ihrer Begründung für die Aufhebung der Redispatch-Festlegung gerade nicht entscheidend auf den konkreten Inhalt des in Rede stehenden Vertragsverhältnisses abgestellt hat, sondern lediglich auf dessen - dem Streitfall vergleichbare - bilaterale Ausgestaltung.

Allein die Aufhebung der Redispatch-Festlegung konnte indes keine ständige, gleichmäßige Übung der Verwaltungspraxis begründen, die Voraussetzung für das Eingreifen der Selbstbindung ist. Ob eine Verwaltungspraxis schon durch eine behördliche Entscheidung in einem Parallelverfahren eintreten kann, ist umstritten und bislang höchstrichterlich nicht geklärt (vgl. die Nachweise bei Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 40 Rn. 105). Der Nachweis eines einzigen Vergleichsfalls reicht allerdings nicht aus, um eine ständige Praxis anzunehmen, in der hinreichend deutlich zum Ausdruck kommt, dass die Behörde ihr Ermessen in einer bestimmten Weise ausüben will (vgl. Aschke in: BeckOK VwVfG (Bader/Ronellenfitsch), 43. Edition, § 40 Rn. 65). So fordert etwa der Bundesgerichtshof für allein auf Art. 3 Abs. 1 GG gestützte Zahlungsansprüche, dass die Behörde ihre bisherigen Praxis an einem bestimmten System ausgerichtet hat (BGH, BVerwG, Urteil vom 28. April 1978, IV C 49.76, Rn. 12). In diesem Sinne kann die für die Annahme einer entsprechenden Verwaltungspraxis erforderliche gewisse Verfestigung der Ermessensausübung nicht durch eine einzige, mehrere Jahre zurückliegende Entscheidung einer anderen Beschlusskammer derselben Behörde eintreten.

2.3. Die Ermessensausübung der Bundesnetzagentur war jedoch fehlerhaft, weil diese nicht erkannt und berücksichtigt hat, dass das Ermessen im Sinne einer rückwirkenden Änderung von Tenorziffer 3.a) der Ausgangsfestlegung zum 01.01.2014 intendiert war.

Eine Ermessensbetätigung, deren Richtung vom Gesetz vorgezeichnet ist (sog. intendiertes Ermessen), liegt dann vor, wenn ein bestimmtes Ergebnis dem Gesetz nächststeht, sozusagen im Grundsatz gewollt ist und davon nur ausnahmsweise abgesehen werden darf (BVerwG, Urteil vom 05. Juli 1985, 8 C 22/83, Rn. 22 m.w.N., vgl. auch

die Nachweise bei Schönenbroicher in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2. Aufl., § 40 Rn. 66).

2.3.1. Zwar führt nicht bereits der Wille der Bundesnetzagentur, mit der Ausgangsfestlegung bundeseinheitliche Wettbewerbsbedingungen zu begründen, zur Annahme eines sog. intendierten Ermessens.

Die Bundesnetzagentur hat die Ausgangsfestlegung gestützt auf § 54 Abs. 3 S. 2 EnWG zur Wahrung gleichwertiger wirtschaftlicher Verhältnisse im Bundesgebiet erlassen. Es sollten dadurch möglichst gleiche Voraussetzungen und Bedingungen für die wirtschaftliche Betätigung im ganzen Bundesgebiet sichergestellt werden, damit Netzbetreiber und Letztverbraucher im Hinblick auf die Vereinbarung individueller Netzentgelte nach § 19 Abs. 2 StromNEV die gleichen regulatorischen Rahmenbedingungen vorfinden (S. 24 f. der Ausgangsfestlegung).

Der Bundesgerichtshof hat indes bereits in seinem Beschluss zur Festlegung der Tagesneuwerte bei der Bestimmung der Erlösobergrenzen vom 16.12.2014 (EnVR 53/13, Rn. 32) entschieden, dass das gesetzliche Ziel der Schaffung bundeseinheitlicher Wettbewerbsbedingungen nicht zu einer Entkräftung der Bestandskraft einer Festlegung führt. Dass das in § 1 Abs. 2 EnWG genannte Regulierungsziel der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas bei einer auf die klagenden Netzbetreiber beschränkten Aufhebung der in Streit stehenden Festlegung in relevanter Weise nachteilig berührt sein könnte, kann danach nicht der Bestandskraft der Festlegung entgegengehalten werden. Die Bestimmung von Erlösobergrenzen nach unterschiedlichen Kriterien ist zwar nicht wünschenswert und vom Gesetz- und Verordnungsgeber im Ausgangspunkt auch nicht gewollt. Eine unterschiedliche Behandlung, die lediglich auf den rechtlichen Wirkungen der im Verhältnis zu denjenigen Adressaten, die von der Einlegung eines Rechtsmittels abgesehen haben, eingetretenen Bestandskraft eines Verwaltungsaktes beruht, ist indes eine sachliche Rechtfertigung hierfür (BGH a.a.O.).

2.3.2. Dem einschlägigen Fachrecht lässt sich allerdings eine Ermessensreduktion im Sinne eines intendierten Ermessens zugunsten einer rückwirkenden Regelung entnehmen.

2.3.2.1. Der Bundesgerichtshof hat die Zulässigkeit der Berücksichtigung kaufmännisch-bilanziellen Strombezugs bei § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV entscheidend mit einer systematischen Auslegung der StromNEV begründet (Beschluss vom 13.12.2016, EnVR 38/15 Rn. 10 ff). Bei einer kaufmännisch-bilanziellen Einspeisung von Strom aus Erneuerbaren Energien in ein Netz der allgemeinen Versorgung stelle die Strommenge, die vom Erzeuger selbst oder in einem vorgelagerten Arealnetz verbraucht werde, eine netzentgeltspflichtige Entnahme im Sinne des § 17 StromNEV dar. Dieses Normverständnis des § 17 StromNEV müsse für § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV gleichermaßen gelten. Die Netzentgeltreduzierung nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV als Sondervorschrift baue auf der allgemeinen Vorschrift über die Ermittlung der Netzentgelte nach § 17 StromNEV auf. Es wäre widersprüchlich, auf der einen Seite bei der Ermittlung der Netzentgelte die kaufmännisch-bilanzielle Einspeisung von Strom aus Erneuerbaren Energien in ein Netz der allgemeinen Versorgung als netzentgeltpflichtige Entnahme anzusehen, dem Anlagenbetreiber aber auf der anderen Seite eine Berücksichtigung dieser Entnahme im Rahmen des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV zu versagen.

Hiernach ist es sachlich nicht angemessen, den betroffenen Letztverbrauchern für einen Zeitraum, in dem die kaufmännisch-bilanzielle Einspeisung von EEG-Strom netzentgeltpflichtig ist, gleichzeitig die Berücksichtigung dieser Entnahmen im Sinne des § 17 EnWG nach § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV vorzuenthalten. Denn hierdurch wird der sich aus der Gesetzessystematik ergebende, erforderliche Gleichlauf zwischen den beiden Regelungen gestört und kaufmännisch-bilanzieller Strombezug einseitig benachteiligt. Dass die aufgezeigten systematischen Erwägungen Grundlage für die Annahme des vom Bundesgerichtshof festgestellten Rechtsverstoßes waren und damit die Voraussetzungen für die streitgegenständliche Ermessensentscheidung erst geschaffen haben, steht ihrer Berücksichtigung im Rahmen der Ermessenentscheidung über die Rücknahme - entgegen der von der Bundesnetzagentur im Verhandlungstermin vertretenen Ansicht - nicht entgegen. Tatbestandliche Voraussetzung für die Rücknahme eines Verwaltungsaktes ist lediglich dessen Rechtswidrigkeit, die auf einer Vielzahl von Gründen beruhen kann. Die Umstände, die im konkreten Einzelfall die Rechtswidrigkeit begründen, können deshalb bei Abwägung der für eine Aufhebung *ex nunc* oder *ex tunc* sprechenden Belange durchaus berücksichtigungsfähig sein.

2.3.2.2. Hieran unmittelbar anknüpfend sprechen auch die Wertungen des EEG für eine Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Betrachtungsweise im Rahmen der Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV mit Wirkung *ex tunc*.

Infolge der aufgezeigten Gleichstellung hinsichtlich der Netzentgeltspflichtigkeit mit physikalisch einspeisenden EEG-Anlagenbetreibern wird der kaufmännisch-bilanziell einspeisende Anlagenbetreiber bei gleichzeitiger Versagung der Möglichkeit der Inanspruchnahme eines reduzierten Netzentgeltes gegenüber den Selbsterzeugern, die für die Stromerzeugung konventionelle Energieträger einsetzen, zusätzlich belastet. Denn diese zahlen für die von ihnen verbrauchten Strommengen, die sie kaufmännisch-bilanziell selbst verbrauchen, keine Netzentgelte. Die Bundesnetzagentur hat in ihrer Replik in dem Verfahren VI-3 Kart 487/18 (V) auch ausdrücklich eingeräumt, dass die konkrete Anschluss- und Einspeisesituation der Beschwerdeführerin der EEG-Förderung geschuldet sei und diese für die Anzeigejahre 2014 bis 2016 in Bezug auf das Netzentgelt schlechter gestellt ist als ein Unternehmen mit eigener konventioneller Stromerzeugung (wobei auch insoweit die EEG-Förderung hinzugerechnet werden müsse).

Dies steht in Widerspruch zu der gesetzlichen Wertung des EEG 2017, das einen grundsätzlichen Vorrang der erneuerbaren Energien vor konventionellen Energien hinsichtlich aller netzbezogenen Aspekte der Stromversorgung, d.h. vom Anschluss der Erzeugungsanlage über die Einspeisung bis hin zum Transport des erzeugten Stroms, vorsieht (Woltering in: BeckOK EEG, 8. Ed., EEG 2017 § 11 Rn. 1). Ausdrücklich geregelt ist dies unter anderem für den Anschluss der Anlagen in § 8 EnWG und für die Abnahme, Übertragung und Verteilung in § 11 EnWG als zentralen Vorschriften. Eine Schlechterstellung des Betreibers einer EEG-Anlage gegenüber dem Betreiber einer konventionellen Energieerzeugungsanlage steht mit dem Gesetzeszweck ersichtlich in Widerspruch.

Gründe, die eine solche Schlechterstellung rechtfertigen könnten, sind von der Bundesnetzagentur nicht vorgebracht worden und sind auch nicht ersichtlich. Dies gilt insbesondere für die netzdienliche Wirkung auch der kaufmännisch-bilanziellen Einspei-

sung. Dem Betreiber einer EEG-Anlage wird zum Zweck der Förderung der erneuerbaren Energien das Recht zugestanden, das Netz für die Einspeisung des EEG-Stroms in Anspruch zu nehmen. Die Einspeisung von EEG-Strom belastet die effiziente Auslastung des Kraftwerksparks, macht zusätzlichen Netzausbau erforderlich und erschwert die Netzstabilisierung, insbesondere, wenn die Einspeisung volatil ist. Diese Belastung wird dem Netz durch die kaufmännisch-bilanzielle Einspeisung genommen. Wenn sich unter diesen Voraussetzungen die kaufmännisch-bilanzielle Entnahme zusammen mit einer ergänzenden physikalischen Entnahme als sog. Bandlast (7.000 Benutzungsstunden) darstellt, besteht kein Anlass, diese anders zu behandeln als eine rein physikalische Entnahme in diesem Umfang. Hinzu kommt, dass auch die Beschwerdeführerin, wie von ihr im Einzelnen vorgetragen, mit erheblichem finanziellen Aufwand sichergestellt hat, dass sie die netzstabilisierende Bandlast erreicht.

2.3.2.3. Die Annahme eines vom einschlägigen Fachrecht intendierten Ermessens wird schließlich gestützt durch das Vorgehen des Gesetzgebers zur Anpassung des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV 2011 im Jahr 2013.

Hintergrund der Neuregelung war, dass die seit dem 2011 geltende Fassung von § 19 Abs. 2 StromNEV, der stromintensiven Letztverbrauchern einen Anspruch auf vollständige Befreiung von den Netzentgelten zusprach, durch die vom Bundesgerichtshof bestätigten Beschlüssen des Senats vom 06.03.2013 für nichtig erklärt worden waren (etwa VI-3 Kart 49/12; BGH, Beschluss vom 12.04.2016, EnVR 25/13) und zudem die Europäische Kommission ein Beihilfahauptprüfverfahren hinsichtlich der genannten Vorschrift eröffnet hatte. Mit Wegfall des § 19 Abs. 2 StromNEV mussten stromintensive Letztverbraucher trotz der Erfüllung der dort normierten Voraussetzungen mit Wirkung ab dem 01.01.2012 die allgemeinen Netzentgelte entrichten, soweit sie nicht über eine bestandskräftige Genehmigung verfügten. § 19 Abs. 2 StromNEV wurde sodann vom Ordnungsgeber dahingehend angepasst, dass die Netzentgeltbefreiung für die Kalenderjahre 2012 und 2013 durch einen Anspruch auf gestaffelte Netzentgeltreduktion (§ 32 Abs. 7 StromNEV in der Fassung vom 22.08.2013) sowie ab 2014 durch eine Netzentgeltreduktion ersetzt wurde, die die netzstabilisierende Wirkung des Letztverbrauchers berücksichtigt. Die Neufassung der Regelung begründete der Ordnungsgeber damit, dass die Regelung einen nachhaltigen Beitrag der Großverbrau-

cher zu den Netzentgelten gewährleiste und deren Beitrag zur Dämpfung der Netzkosten berücksichtige. Er verwies im Einzelnen auf die Vorteile, die technisch von einer dauerhaften Stromentnahme (Bandlast) ausgingen und zu einer besseren Prognostizierbarkeit und zu einer effizienteren Auslastung des gesamten Kraftwerksparks und damit zu positiven Auswirkungen auf die Versorgung aller Netzkunden sowie auf die Netzkosten führten (BR-Drs. 447/13, S. 15 f.). Die Regelung umfasste in § 19 Abs. 2 S. 14 StromNEV auch eine Neuregelung des Umlagemechanismus.

Zwar lässt sich aus der Neuregelung keine zwingende Wertung des Gesetzgebers zugunsten einer Aufhebung der Ausgangsfestlegung *ex tunc* ableiten, da es diesem lediglich um Gewährleistung einer Entlastung stromintensiver Unternehmen im Hinblick auf die Netznutzungsentgelte im Allgemeinen ging. Direkte Rückschlüsse auf die hier allein in Streit stehende Behandlung von kaufmännisch-bilanziell einspeisenden EEG-Anlagenbetreiber lassen sich hieraus nicht ziehen. Zudem hat der Verordnungsgeber als Anlass für die rückwirkende Neuregelung nicht entscheidend die Interessen der stromintensiven Industrieunternehmen abgestellt. Vielmehr hat er in der Einleitung der Verordnungsbegründung (BR-Drs. 447/13, S. 2) ausgeführt, dass die praktischen Erfahrungen mit der Regelung gezeigt hätten, dass diese zu weit gefasst sei. Die Bedenken hinsichtlich der Tragfähigkeit der Regelung und die sich daraus ergebenden Diskussionen führten zu Unsicherheiten, die sich gegebenenfalls negativ auf den Industriestandort Deutschland auswirken könnten. Die rückwirkende Neuregelung dient mithin der Ausräumung dieser Unsicherheiten im Interesse des Industriestandorts Deutschland, nicht aber unmittelbar den Interessen der stromintensiven Unternehmen.

Gleichwohl lässt sich der Neuregelung der grundsätzliche Wille des Gesetzgebers entnehmen, die - zunächst durch die Netzentgeltbefreiung gewährleistete - Privilegierung stromintensiver Unternehmen im Hinblick auf die Netznutzungsentgelte durch eine rückwirkende Neuregelung weitest möglich sicherzustellen. Hierfür spricht auch, dass der Verordnungsgeber dabei lediglich auf die Rechtzeitigkeit der Beantragung einer Netzentgeltbefreiung abgestellt hat. Diese grundsätzliche Wertung des Gesetzgebers unterstützt die sich bereits aus den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften der StromNEV und EEG ergebende Annahme, dass nur eine rückwirkende Anpassung der Vorgaben zum kaufmännisch-bilanziellen Strombezug den gesetzlichen Wertungen in angemessener Weise Rechnung trägt.

2.4. Darüber hinaus hat die Bundesnetzagentur im angefochtenen Beschluss das für eine Aufhebung *ex nunc* herangezogene Prinzip des Individualrechtsschutzes fehlgeachtet.

Angesichts der aufgezeigten höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Auffassung der Bundesnetzagentur im angefochtenen Beschluss, dass einer Aufhebung *ex tunc* das Prinzip des Individualrechtsschutzes entgegenstehe und eine solche Aufhebung nur dann in Betracht komme, wenn die angegriffene Regelung persönlich nicht teilbar sei, rechtsfehlerhaft. Die Bundesnetzagentur hat in diesem Zusammenhang angenommen, dass eine Änderung der Festlegung für die Anzeigejahre 2014 bis 2016 für diejenigen Adressaten der Festlegung, die zumutbarer Weise von ihrem Recht auf Rechtsschutz erfolgreich Gebrauch gemacht hätten, sogar diskriminierenden Charakter hätte.

Damit statuiert sie für persönlich teilbare Allgemeinverfügungen einen grundsätzlichen Vorrang des Prinzips der Rechtssicherheit vor dem Gebot der materiellen Rechtmäßigkeit, der im Widerspruch zu der bereits zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung steht. Danach kommt prinzipiell im Rahmen der Aufhebungsentscheidung nach § 48 VwVfG dem Gebot der materiellen Gerechtigkeit kein größeres Gewicht zu als dem Grundsatz der Rechtssicherheit. Dies gilt aber auch umgekehrt. Tritt der Grundsatz der Rechtssicherheit mit dem Gebot der Gerechtigkeit im Einzelfall in Widerstreit, so ist es Sache des Gesetzesgebers und der Rechtsprechung, das Gewicht, das ihnen in dem zu regelnden Fall zukommt, abzuwägen und zu entscheiden, welchem der beiden Prinzipien der Vorrang gegeben werden soll (BVerfG, Beschluss vom 14.03.1963, 1 BvL 28/62, BVerfGE 15, 313, 319). Die Annahme, bei persönlich teilbaren Allgemeinverfügungen sei dies stets, d.h. ohne weitere Abwägung, die Rechtssicherheit, ist hiermit ersichtlich unvereinbar.

IV. Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass die Beschwerde mit dem Antrag zu 2. als erstem Hilfsantrag nur teilweise Erfolg hat. Eine Verpflichtung zur Änderung der angefochtenen Festlegung infolge einer Ermessensreduzierung auf Null besteht lediglich im Hinblick auf das Anzeigejahr 2016, nicht aber auch im Hinblick auf die

weiter streitgegenständlichen Anzeigegahre 2014 und 2015. Insoweit beruht die Entscheidung jedoch auf Ermessenfehlern (Abwägungsdefizit und Abwägungsfehlein-schätzung), so dass der Beschwerdeführerin ein Anspruch auf Neubescheidung unter Berücksichtigung der Rechtansicht des Senats zusteht, wie mit dem Antrag zu 3. als zweitem Hilfsantrag geltend gemacht. Da insoweit eine rückwirkende Anpassung zum 01.01.2014 und damit über den 01.01.2016 hinaus in Betracht kommt, hat der Senat die Beschwerdeführerin insgesamt zur Neubescheidung verpflichtet.

V. Im Rahmen der Ausübung ihres Ermessens wird die Bundesnetzagentur auch Folgendes zu berücksichtigen haben:

1. Es ist bislang nicht geltend gemacht und ersichtlich, dass die rückwirkende Anpassung des Ausgangsbescheids Auswirkungen auf den Umlagemechanismus hätte, die mit einem gesteigerten Umsetzungsaufwand oder Konfliktpotential verbunden wären. Der Streitfall unterscheidet sich damit in tatsächlicher Hinsicht grundlegend von demjenigen betreffend die Aufhebung der Pooling-Festlegung, in der der Senat durch Beschluss vom 09.03.2016 (VI-3 Kart 157/14, Rn. 47) unter anderem entschieden hat, dass die Bundesnetzagentur im Rahmen des Abwägungsprozesses zu Recht berücksichtigt hat, dass eine rückwirkende Aufhebung zu erheblichen Rückabwicklungsschwierigkeiten führen würde.

2. Vielmehr sprechen auch andere Belange für einen Vorrang des Gebots der materiellen Gerechtigkeit und damit für eine Aufhebung *ex tunc*.

Zwar hätte die Beschwerdeführerin gegen die Ausgangsfestlegung - wie bereits aufgezeigt - in zumutbarer Weise Rechtsmittel einlegen können. Es kann insoweit jedoch nicht völlig unbeachtet bleiben, dass die Kenntnisnahmemöglichkeit von der belastenden Festlegung bei einer eine Vielzahl von Letztverbrauchern adressierenden Allgemeinverfügung, deren Zustellung durch Bekanntmachung im Amtsblatt der Bundesnetzagentur ersetzt wird, im Verhältnis zu einem dem Adressaten unmittelbar zugestellten Verwaltungsakt erschwert ist. Im Streitfall kommt hinzu, dass die Letztverbraucher ein individuelles Netzentgelt unmittelbar mit dem jeweiligen Netzbetreiber vereinbaren und dies für die hier streitgegenständlichen Anzeigegahre 2014 bis 2016 gegen-

über der Bundesnetzagentur nur anzuzeigen hatten. Vorgaben der Bundesnetzagentur zu den Voraussetzungen eines individuellen Netzentgeltes haben sich daher auf diese Letztverbraucher faktisch nur mittelbar ausgewirkt. In den Fällen, in denen - wie im Streitfall - die Netzbetreiber individuelle Netzentgeltvereinbarungen abgeschlossen und abgewickelt haben, denen ersichtlich kaufmännisch-bilanzieller Strombezug zugrunde lag, ohne dass die Bundesnetzagentur dies auf die entsprechende Anzeige hinmoniert hätte, bestand für die betroffenen Letztverbraucher zudem keine konkrete Veranlassung, an der Zulässigkeit der kaufmännisch-bilanziellen Betrachtungsweise zu zweifeln. Das insoweit entstandene Vertrauen der betroffenen Letztverbraucher ist im Rahmen der vorzunehmenden Ermessensabwägung ebenfalls mitzubersücksichtigen.

3. Anders, als die Beschwerdeführerin meint, ist allerdings nicht in die Ermessenserwägungen einzustellen, dass die Ausgangsfestlegung mit einem umfassenden Widerrufsvorbehalt versehen war. Dieser Widerrufsvorbehalt könnte allenfalls rechtfertigen, das Vertrauen der Beschwerdeführerin in den Fortbestand der Vorgaben der Ausgangsfestlegung als eingeschränkt anzusehen. Er wirkt sich aber nicht auf das im Rahmen der Ermessensentscheidung über eine rückwirkende Aufhebung rechtswidriger Vorgaben zu berücksichtigende Interesse der Rechtssicherheit aus.

C.

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

Das Unterliegen mit dem Antrag zu 1. als Hauptantrag hat der Senat kostenmäßig nicht berücksichtigt, da das wirtschaftliche Interesse der Beschwerdeführerin an diesem Antrag nicht über dasjenige hinausgeht, das sie mit ihren Hilfsanträgen (Anträge zu 2. und 3.) verfolgt.

Die Beschwerdeführerin hat mit ihrem Antrag zu 2. als erstem Hilfsantrag bezogen auf das Antragsjahr 2016, auf das 1/3 des Streitwertes entfällt, Erfolg. Die diesbezüglichen Kosten sind daher der Bundesnetzagentur aufzuerlegen. Im Übrigen hat die Beschwerde mit dem auf Neubescheidung gerichteten Antrag zu 3. als zweitem Hilfsan-

trag Erfolg. Es entspricht billigem Ermessen, insoweit die Kosten der Bundesnetzagentur zum überwiegenden Teil, nämlich zu 2/3, aufzuerlegen. Dies führt insgesamt zu der tenorierten Kostenquote.

II. Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO.

Die für das wirtschaftliche Interesse der Beschwerdeführerin maßgebliche jährliche Netzentgeltersparnis für den streitgegenständlichen Zeitraum hat die Beschwerdeführerin im Verhandlungstermin auf ... Euro geschätzt, ohne dass die Bundesnetzagentur dem entgegengetreten wäre.

D.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständlichen Rechtsfragen grundsätzliche Bedeutung haben (§ 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG).

Rechtsmittelbelehrung:

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 Rechtsbeschwerde kann auch durch Übertragung eines elektronischen Dokuments an die elektronische Poststelle des Gerichts erhoben werden. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet sein. Es muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 4 ZPO, § 55a Abs. 4 VwGO eingereicht werden. Die für die Übermittlung und Bearbeitung geeigneten technischen Rahmenbedingungen bestimmen sich nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung) vom 24.11.2017 (BGBl. I, S. 3803). Über das Justizportal des Bundes und der Länder (www.justiz.de) können weitere Informationen über die Rechtsgrundlagen, Bearbeitungsvoraussetzungen und das Verfahren des elektronischen Rechtsverkehrs

abgerufen werden. 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).

Laubenstein

Frister

Pastohr