

Geschwärzte Fassung zur Veröffentlichung

VI – 3 Kart 65/12 (V)



Verkündet am
6. März 2013

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

BESCHLUSS

In der energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungssache

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht L., die Richterin am Oberlandesgericht vR. und die Richterin am Oberlandesgericht A. auf die mündliche Verhandlung vom 6. März 2013

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

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

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

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

Der Beschwerdewert wird auf 50.000 € festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

A.

Die Betroffene betreibt ein Elektrizitätsversorgungsnetz im Ballungsgebiet E., das in zwei Netzgebiete (E. und F.) unterteilt ist. Sie ist ein gemeinsames Tochterunternehmen der G. und der H.

Mit ihrer Beschwerde wendet die Betroffene sich gegen die Festlegung der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur vom 14. Dezember 2011, mit der diese gegenüber allen Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen Einzelheiten der „§ 19 StromNEV-Umlage in Abweichung von § 17 Abs. 8 StromNEV“ festgelegt hat. Die Betroffene war am Verwaltungsverfahren nicht förmlich beteiligt.

Hintergrund für die Festlegung der Umlage ist die mit Wirkung vom 4. August 2011 in Kraft getretene Änderung des § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV. § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV sieht vor, dass für atypisches Nutzungsverhalten in Abweichung von § 16 StromNEV individuelle Netzentgelte vereinbart werden können. Nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a.F. war ein individuelles Entgelt außerdem dann anzubieten, wenn die Stromabnahme aus dem Netz der allgemeinen Versorgung für den eigenen Verbrauch an einer Abnahmestelle die Benutzungsstundenzahl von jährlich mindestens 7.000 Stunden erreicht und der Stromverbrauch an dieser Abnahmestelle jährlich 10 Gigawattstunden übersteigt; das zu bildende individuelle Entgelt hatte den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netzebenen

widerzuspiegeln. Es durfte nicht weniger als 20 % des veröffentlichten Netzentgelts betragen und sollte nur genehmigt werden, wenn sich die Netzentgelte aller übrigen Nutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen dadurch nicht wesentlich erhöhen. Nach der Neufassung des Satz 2 sollen Netznutzer grundsätzlich von den Netzentgelten befreit werden, wenn sie die Schwellenwerte einer Benutzungsstundenzahl von 7.000 Stunden und eines Stromverbrauchs von 10 Gigawattstunden an einer Abnahmestelle überschreiten. Die Vereinbarung eines individuellen Netzentgelts wie auch die Befreiung nach Satz 2 bedarf der Genehmigung der Regulierungsbehörde. Mit der Befreiung werden im Wesentlichen Unternehmen großer Industriezweige begünstigt. Für das Jahr 2011 waren nach den Angaben der Bundesnetzagentur in ihrem Geschäftsbereich 281 Anträge stromintensiver Unternehmen zu verzeichnen; soweit sie Letztverbraucher auf ihren Antrag hin von Netzentgelten befreit hat, ist dies mit Wirkung ab dem 1. Januar 2011 erfolgt.

Durch die Netzentgeltbefreiungen und -ermäßigungen entstehen den Verteilernetzbetreibern erhebliche Erlösausfälle. Insoweit sieht die Neufassung des § 19 Abs. 2 StromNEV in Satz 6 vor, dass die Betreiber von Übertragungsnetzen verpflichtet sind, den nachgelagerten Verteilernetzbetreibern die entgangenen Erlöse zu erstatten. In Satz 7 ist weiter geregelt, dass diese Zahlungen sowie eigene entgangene Erlöse durch Befreiungen und Ermäßigungen der Netzentgelte unter den Übertragungsnetzbetreibern über eine finanzielle Verrechnung auszugleichen sind; § 9 des KWKG findet entsprechende Anwendung.

Durch die angegriffene Festlegung hat die Bundesnetzagentur einen Umlagemechanismus entsprechend den Vorgaben der Absätze 4 bis 7 des § 9 KWKG weiter ausgestaltet. Danach sind die Netzbetreiber u.a. verpflichtet, von allen Netzverbrauchern bzw. Lieferanten eine Umlage zu erheben und an den jeweiligen Übertragungsnetzbetreiber ihrer Regelzone weiterzuleiten. Die Höhe der Umlage sollen die Netzbetreiber auf dem Preisblatt sowie auf ihrer jeweiligen Internetseite veröffentlichen. Nach Ziffer 10 der Festlegung sind die Vorgaben aus der Festlegung ab dem 01.01.2012 umzusetzen. Entgangene Erlöse aus dem Kalenderjahr 2011 werden – so die Festlegung weiter - nicht vom Umlagemechanismus erfasst, Mindererlöse nach § 19 Abs. 2 StromNEV für das Jahr 2011 können nicht Verteiler-

netzbetreiber gegenüber den Übertragungsnetzbetreibern geltend machen; für Verteiler- bzw. Übertragungsnetzbetreiber werden diese Sachverhalte entsprechend § 5 ARegV im Regulierungskonto berücksichtigt.

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

In den Netzgebieten der Betroffenen haben – ihrem Vorbringen zufolge - zehn Letztverbraucher Netzentgeltbefreiungen beantragt, die zwischenzeitlich auch z.T. - mit Wirkung ab dem 1. Januar 2011- von der Beschlusskammer 4 genehmigt worden sind. Die daraus resultierenden Befreiungen betreffen insgesamt ein Volumen von ... € und führen dazu, dass die befreiten Netzkunden die für das Jahr 2011 bereits gezahlten Netzentgelte zurückfordern können. Die Betroffene hat insoweit Beschwerden eingelegt, die bei dem Senat unter den Aktenzeichen VI-3 Kart . . ./12 (V), . . ./12 (V), . . ./12 (V), . . ./12 (V) und . . ./12 (V) anhängig sind.

Gegen die Festlegung hat die Betroffene form- und fristgerecht Beschwerde mit dem Ziel der Aufhebung der Festlegung eingelegt und mit Schriftsatz vom 9. März 2012 wegen ernstlicher Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Regelung in Ziffer 10 die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde beantragt.

Mit ihrer Beschwerde macht die Betroffene geltend:

Die Festlegung der Bundesnetzagentur sei bereits rechtswidrig, weil es an einer hinreichenden Ermächtigungsgrundlage für sie selbst, aber auch für die Festlegung des Umlagesystems fehle. Das Umlagesystem der Bundesnetzagentur sei schon deshalb rechtswidrig, weil die Regelungen des § 19 Abs. 2 Satz 6, 7 StromNEV nicht wirksam in die StromNEV aufgenommen worden seien. Im EnWG sei eine solche Ermächtigung nicht enthalten.

Insbesondere sehe § 24 EnWG keine Ermächtigung für die Einführung eines Umlagesystems vor. Eine gesetzliche Ermächtigung sei vorliegend auch nicht deshalb entbehrlich, weil § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV durch förmliches Gesetz im Rahmen der Änderung eines Gesetzes in die Stromnetzentgeltverordnung eingefügt worden sei. Durch diese Anpassung erhielten die Regelungen in einer Ver-

ordnung keinen Gesetzesrang.

Den Erlass der Festlegung könne die Bundesnetzagentur auch nicht auf § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV i.V.m. § 17 Abs. 8 StromNEV stützen. § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV ermögliche Festlegungen zur Gewährleistung sachgerechter Entgelte in Abweichung zu § 17 Abs. 8 StromNEV. Eine Umlage stelle jedoch kein Entgelt i.S.d. § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV dar. Entgelte seien Aufwendungen des Empfängers für Arbeit, Lieferung oder sonstige Leistungen; Netzentgelte solche für den Zugang zu Elektrizitätsübertragungs- und -verteilernetzen (§ 1 StromNEV). Die verfahrensgegenständliche Umlage diene indessen nur dem Zweck, die Netzbetreiber durch Netzentgeltbefreiung bzw. -minderung entgangenen Erlöse durch Verteilung der Kosten zu refinanzieren, so dass es an einer korrespondierenden Gegenleistung fehle.

Der von der Bundesnetzagentur festgelegte Umlagemechanismus sei überdies in § 19 Abs. 2 Satz 6, 7 StromNEV nicht vorgesehen. § 19 Abs. 2 StromNEV regele lediglich, dass die Betreiber von Übertragungsnetzen verpflichtet seien, entgangene Erlöse, die aus individuellen Netzentgelten nach Satz 1 und Befreiungen von Netzentgelten nach Satz 2 der Norm resultierten, nachgelagerten Betreibern von Elektrizitätsverteilernetzen zu erstatten. Diese Zahlungen sowie die eigenen Belastungen sollten über eine finanzielle Verrechnung untereinander ausgeglichen werden, nur insoweit solle § 9 KWKG entsprechend Anwendung finden. Aus der entsprechenden Anwendung des § 9 KWKG folge nur der Ausgleich unter den Übertragungsnetzbetreibern auf dritter Stufe. Die bundesweite Umlage werde nicht erwähnt. Wenn der Gesetzgeber eine bundesweite Umlage hätte einführen wollen, hätte er dies jedenfalls in der Begründung ausdrücklich erwähnen müssen und damit Inhalt und Reichweite des Umlagesystems ausdrücklich festlegen müssen.

Eine Ermächtigung fehle insbesondere für Ziffer 10 der Festlegung, wonach die Vorgaben aus der Festlegung für die § 19 StromNEV-Umlage erst ab dem 1. Januar 2012 umzusetzen sind, entgangene Erlöse für 2011 demnach nicht von dem Umlagemechanismus erfasst, sondern entsprechend § 5 ARegV im Regulierungskonto berücksichtigt würden. Der Wortlaut des § 19 Abs. 2 Satz 6 und 7

StromNEV sehe nur die Erstattung der entgangenen Erlöse vor.

Für die Schaffung des Umlagesystems sei eine gesetzliche Grundlage erforderlich, denn dies greife in die Grundrechte der Betreiber und ihrer Netzkunden ein. Durch das Umlagesystem würden einige Netznutzer privilegiert, jedoch sämtliche Netzbetreiber und die übrigen Netznutzer nicht in unerheblicher Weise belastet. Das entsprechende Umlagesystem in § 37 Abs. 2 EEG und § 9 KWKG sei dementsprechend auch durch den Gesetzgeber selbst festgeschrieben worden.

Auch für die in § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV vorgesehene Befreiung stromintensiver Netznutzer fehle es an einer Ermächtigungsgrundlage. Eine Ermächtigung für eine vollständige Befreiung enthalte das EnWG nicht. § 24 sei insoweit nicht einschlägig, auch aus § 21 Abs. 2 EnWG lasse sich eine Ermächtigungsgrundlage nicht entnehmen. Die Norm gehe grundsätzlich von einer kostenorientierten Netzentgeltbildung aus.

Die Festlegung der § 19 StromNEV-Umlage sei auch in der Sache materiell rechtswidrig.

In Verbindung mit § 19 Abs. 2 StromNEV verstoße sie gegen das Beihilfenverbot des Art. 107 AEUV. Danach seien staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedsstaaten beeinträchtigen. Bei der angegriffenen Festlegung handle es sich um eine derartige verbotene Beihilfe. Die in § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV normierte Benutzungsstundenzahl von mindestens 7.000 Stunden sowie eines Stromverbrauchs von mehr als 10 GWh führe i.V.m. der angegriffenen Festlegung zu einer selektiven Begünstigung besonders stromintensiver Industriezweige und damit zu einer Wettbewerbsverfälschung im Verhältnis zu den Unternehmen, die die Schwellenwerte knapp unterschreiten. Im Übrigen habe die Regelung auch Auswirkungen auf die Konkurrenzsituation zu vergleichbaren stromintensiven Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten. Die Begünstigung werde auch aus staatlichen Mitteln gewährt. Ausreichend sei es dabei, dass die Mittel ständig unter staatlicher

Kontrolle und somit zur Verfügung der staatlichen zuständigen nationalen Behörden stünden. Sie - die Betroffene - stehe sowohl im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung bzw. Durchführung der Umlage als auch mit Blick auf die konkrete Mittelverwendung unter staatlicher Kontrolle. Da eine Notifizierung nicht erfolgt und auch ansonsten kein Ausnahmetatbestand ersichtlich sei, liege ein Verstoß gegen das Beihilfenverbot vor.

Sie beantragt insoweit, das Verfahren gem. § 148 ZPO auszusetzen und dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV vorzulegen,

Die in Ziffer 10 vorgesehene Abwicklung der Mindererlöse aus dem Jahr 2011 über das Regulierungskonto verstoße gegen die Vorgaben in der Anreizregulierungs- und der Stromnetzentgeltverordnung. Nach den Sätzen 6 und 7 des § 19 Abs. 2 StromNEV seien Mindererlöse durch die Übertragungsnetzbetreiber zu erstatten, eine Abwicklung über das Regulierungskonto sei nicht vorgesehen. Die Nichteinbeziehung der Mindererlöse in den Umlagemechanismus widerspreche daher der Vorgabe des § 19 Abs. 2 Satz 6 und 7 StromNEV, sofern überhaupt eine rückwirkende Befreiung für das Jahr 2011 zulässig sei. Selbst wenn die Einführung des Umlagemechanismus in 2011 nicht möglich gewesen wäre, hätte dies zu einer Sonderregelung für 2011 oder einer Befreiung erst ab dem 1. Januar 2012 führen müssen. Ziffer 10 verstoße auch gegen den Regelungszweck des § 19 Abs. 2 Satz 6 und 7 StromNEV.

Auch das durch die Festlegung angeordnete Auseinanderfallen des Anwendungszeitraums des Umlagemechanismus und der Anwendung der Befreiung widerspreche den verordnungsrechtlichen Vorgaben. Die Rückwirkung der Befreiung ab dem 1. Januar 2011 sei rechtswidrig, da die Gesetzesänderung erst zum 4. August 2011 erfolgt sei. Ziffer 10 missachte die Verknüpfung der Befreiung mit dem Umlagemechanismus. Nach dem Willen des Gesetzgebers handele es sich um ein einheitliches Gesamtkonzept, dessen Anwendung zeitgleich erfolgen müsse.

Unabhängig davon sei die vollständige Befreiung aber auch materiell rechtswidrig. Sie verstoße gegen die Vorgaben des § 21 Abs. 1 EnWG, wonach die Netzentgel-

te angemessen sein müssten. Eine Reduktion der Netzentgelte sei nur dann denkbar, wenn sie besonderem individuellen Nutzungsverhalten der Letztverbraucher angemessen Rechnung trage. Eine Reduktion auf „null“ sei indessen nicht angemessen, insbesondere nicht eine Reduktion des Arbeitspreises. Die mit der Inanspruchnahme von Arbeit verbundenen Kosten (für Wartung, Instandhaltung und Verwaltung) fielen auch dann an. Eine netzstabilisierende Wirkung könne daher nur zu einer Reduktion des Netzentgelts oder individuellen Netzentgelten, nicht aber zur vollständigen Befreiung führen. Schließlich habe die vollständige Befreiung von Netzentgelten auch diskriminierende Wirkung für die Netznutzer, welche die Schwellenwerte nur knapp nicht erreichen und zugleich eine hohe Benutzungsstundenzahl aufweisen. Industriepolitische Erwägungen seien kein sachgerechtes Kriterium. Auch führe die vollständige Befreiung zu Fehlanreizen, denn sie ermutige zu höherem Stromverbrauch, um den Privilegierungstatbestand zu erreichen. Dies aber laufe dem Ziel der Energieeffizienz und den weiteren in § 1 EnWG geregelten Zielen entgegen. Auch verstoße die Regelung gegen Art. 3 GG, weil ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung fehle.

Durch Beschluss vom 14. November 2012 hat der Senat den mit der Beschwerde gestellten Antrag der Beschwerdeführerin, die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde gegen Ziffer 10 der Festlegung anzuordnen, zurückgewiesen. Zur Begründung hat der Senat ausgeführt, dass Ziffer 10 der angegriffenen Festlegung einer isolierten Aufhebung nicht zugänglich sei, so dass eine darauf beschränkte Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde im Eilverfahren nicht in Betracht komme. In diesem Zusammenhang hat der Senat darauf hingewiesen, dass er erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Ordnungsänderung hat, die der Festlegung zugrunde liegt. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gründe der Entscheidung Bezug genommen.

Die Betroffene beantragt,
den Beschluss der Beschlusskammer 8 der Bundesnetzagentur vom
14.12.2011 in dem Verwaltungsverfahren BK 8 – 11/024 aufzuheben.

Die Bundesnetzagentur bittet, die Beschwerde zurückzuweisen.

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

Sie greift die vom Senat in seinem Beschluss vom 14. November 2012 geäußerten Bedenken an der Rechtmäßigkeit der Ordnungsänderung auf und trägt dazu vor: Die Änderung sei rechtmäßig, denn der Ordnungsgeber habe weder die Grenzen der Ordnungsermächtigung überschritten noch habe er gegen die Grundsätze des § 21 EnWG verstoßen.

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

Die Ordnungsermächtigung des § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG gebe den Rahmen der Verordnung vor, mit der der Ordnungsgeber regeln könne, in welchen Sonderfällen der Netznutzung und unter welchen Voraussetzungen die Regulierungsbehörde individuelle Netzentgelte genehmigen oder untersagen dürfe. Durch das Abstellen auf „Sonderfälle der Netznutzung“ erkenne der Gesetzgeber an, dass es neben dem typischen Netzkunden auch atypische Fälle gebe, die nicht billigerweise unter das im Übrigen für alle Netznutzer gleichermaßen geltende System fallen sollten. Durch den Begriff des individuellen Netzentgelts gebe der Gesetzgeber zugleich vor, dass in der Verordnung eine Abweichung vom typischen Fall der Netznutzung auch auf der Rechtsfolgenseite, nämlich bei der finanziellen Kompensation zu regeln ist. Darin sei zugleich die Wertung enthalten, dass die Gegenleistung in diesem speziellen Fall von der allgemeinen Entgeltbildung abweiche

und damit zum individuellen Netzentgelt werde. Durch das Abstellen auf die unbestimmten Rechtsbegriffe der individuellen Netzentgelte und der Sonderfälle der Netznutzung habe der Gesetzgeber dem Verordnungsgeber einen Gestaltungsspielraum und eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich der zu Grunde liegenden komplexen Verhältnisse der Elektrizitätswirtschaft und der hierauf anwendbaren komplexen Regulierungsmethoden zugestanden. In Anbetracht dessen sei es dem Gericht verwehrt, die Einschätzung der regelungsbefugten Exekutive durch eine an der Zweckmäßigkeit oder an der Interessenlage der Betroffenen ausgerichteten eigenen Einschätzung zu ersetzen.

Mit der konkreten Regelung halte der Verordnungsgeber sich innerhalb des von der Ermächtigung gezogenen Rahmens. Es handle sich um eine rechtmäßige Ausgestaltung der Befugnis, für atypische Netznutzung eine der Situation angemessene individuelle Kompensation zu bestimmen. Bei den Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV handle es sich um Sonderfälle der Netznutzung, denn die besonders intensive Netznutzung entspreche gerade der Abweichung von der typischen Netznutzung, die § 24 S. 1 Nr. 3 EnWG verlange. In einem solchen Fall sei es dem Verordnungsgeber erlaubt, diskriminierungsfreie und angemessene Netzentgelte auf anderem Wege zu ermitteln und damit das ob und wie einer individuellen finanziellen Kompensation zu gestalten. Die Befreiung von den Netzentgelten habe der Verordnungsgeber statuiert, weil stromintensive Unternehmen mit einer hohen Bandlast netzstabilisierend wirken, was nicht ernstlich bezweifelt werden könne. Durch eine hohe Benutzungsstundenzahl der Bandlastkunden mit einer gleichmäßigen Leistungsentnahme könnten Netzbetreiber von einer kontinuierlichen Auslastung der Netzinfrastruktur durch den Bandlastkunden ausgehen. Dies sei in jener Situation für die Prognose der jeweiligen Netzlast sowohl im Verteiler- als auch im Übertragungsnetz positiv. Eingriffe in den Netzbetrieb könnten gegebenenfalls reduziert werden. Darüber hinaus trügen die stromintensiven Netzkunden durch den *gleichmäßig hohen Strombezug* regelmäßig zur Netzstabilität bei, indem Schwankungen der übrigen Netzkunden relativiert würden. Die Feststellung dieser Wirkungsmechanismen sei von der Einschätzungsprärogative des Verordnungsgebers gedeckt. Dann sei es von seinem Gestaltungsspielraum erfasst, wie stark er diese netzstabilisierende Wirkung bei der Reduzierung von Netzentgelten berücksichtige. Vor diesem Hintergrund sei es unschädlich, dass

sich der Ordnungsgeber in § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV in einem ersten Schritt für eine Reduktion auf Null entschieden habe. Dabei sei zu beachten, dass der befreite Netzkunde in einem zweiten Schritt die § 19-Umlage und damit auch ein weiteres geldwertes Entgelt zahle. Denn der Netzkunde sei zwar von der Zahlung aller im Zusammenhang mit der Netznutzung stehenden leistungs- und arbeitsabhängigen Netzentgelte befreit. Andere Entgelte, etwa für Zählen und Messen, seien von der Netzentgeltbefreiung aber gerade nicht umfasst. Der Ordnungsgeber habe ein bloß reduziertes Netzentgelt nicht als hinreichend betrachtet, sondern es für sachgerecht gehalten, die betroffenen Unternehmen bei Vorliegen der Voraussetzungen zunächst pauschal zu befreien. Der Ordnungsgeber halte sich im Rahmen des vorgegebenen Gestaltungsspielraums, wenn er die insgesamt netzstabilisierende Wirkung höher bewerte als die möglicherweise durch die Entnahme verursachten Netzkosten.

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

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

Darüber hinaus sei zu beachten, dass sich für die stromintensiven Betriebe im Ergebnis die in § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV als Befreiung bezeichnete Ermäßigung der Netzentgelte finanziell nicht als hundertprozentige Befreiung auswirke. Die Regelung bestehe im Ergebnis aus einer entlastenden wie auch belastenden Regelung: während die Kosten der Befreiung in der vor dem 4. August 2011 gelten-

den Fassung den allgemeinen Netznutzungsentgelten zugerechnet und somit auf das jeweilige Netzgebiet verteilt wurden, finde nun eine Umlageregulierung Anwendung, die die Umlage auch zulasten der befreiten Unternehmen vorsehe. Daher handle es sich für die befreiten Unternehmen im Ergebnis weiterhin lediglich um eine im Vergleich zur alten Regelung nochmals erhöhte Reduzierung der Gesamtbelastung. Die Umlage sei so hoch, dass im Ergebnis auch die formell und nach der Begrifflichkeit des § 19 Abs. 2 S. 2 StromNEV befreiten Unternehmen an den Netzkosten beteiligt würden.

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

Darüber hinaus handle es sich bei dem Befreiungstatbestand um eine diskriminierungsfreie Ausgestaltung. Die Ungleichbehandlung sei wegen der Sondersituation dieser Netznutzer jedenfalls gerechtfertigt. Diese wiesen im Gegensatz zu den nicht befreiten Netznutzern ein besonderes Nutzungsverhalten auf. Es handle sich somit um Sonderformen der Netznutzung, die nach der Einschätzung des Gesetz-

und des Ordnungsgebers einer Ungleichbehandlung bedürften.

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

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

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

Eine Kompetenz zur Regelung der vorliegenden Materie ergebe sich auch mit Blick auf § 30 Abs. 1 Nr. 8 StromNEV. Nach dieser Vorschrift könne die Regulie-

rungsbehörde sogar Festlegungen zur Höhe der sich aus dem Belastungsausgleich nach § 9 Abs. 7 KWKG ergebenden Zuschläge treffen. Andere Zuschläge seien bei Erlass der Verordnung namentlich nicht bekannt gewesen. Um den sich schnell wandelnden Bedürfnissen des komplexen Elektrizitätswirtschaftsbereichs gerecht zu werden, sei der Regulierungsbehörde daher nach § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV für weitere Entgelte in Abweichung zu § 17 Abs. 8 StromNEV eine entsprechende Kompetenz zur Entgeltfestlegung eingeräumt worden.

Die Bundesnetzagentur sei auch deswegen nach § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV zur Festlegung des Umlagemechanismus zum Ausgleich entgangener Erlöse nach § 19 Abs. 2 StromNEV ermächtigt, weil dieser Mechanismus in § 19 Abs. 2 StromNEV in Verbindung mit § 9 KWKG vorgesehen sei. Die Umlage sei zwar nicht unmittelbar in der StromNEV, wohl aber in § 9 Abs. 4-7 KWKG geregelt. Da der Verordnungsgeber in § 19 Abs. 2 S. 7 2. HS StromNEV auf den Wälzungsmechanismus in § 9 KWKG verwiesen habe, sei die Umlage bereits kraft Gesetzes zulässig.

Der Einwand, die Umlage sei kein Entgelt, weil sie nicht der Abgeltung einer Gegenleistung diene, greife nicht durch. Dieser Einwand verkenne, dass § 30 Abs. 2 Nr. 6 StromNEV die Regulierungsbehörde dazu ermächtige, Festlegungen zu treffen, die eine sachgerechte Entgeltbildung ermöglichen. So könne die Regulierungsbehörde insbesondere Regelungen treffen, die in Abweichung von den Vorschriften der StromNEV die Sachgerechtigkeit der vorgesehenen Entgelte sicherstelle. Dies werde durch die Verordnungsbegründung bestätigt. Dort weise der Verordnungsgeber darauf hin, dass es nicht zielführend erscheine, sämtliche Regelungen, die für die Gewährleistung angemessener Entgelte erforderlich sind, in der Verordnung festzuschreiben. Daraus gehe gerade nicht hervor, dass die Regulierungsbehörde auf die Festlegung neuer Entgelte beschränkt sein solle. Vielmehr sei von einem Ermessen auszugehen, das sich vor allem an der Sachgerechtigkeit und Angemessenheit der Entgelte zu orientieren habe. Nach dem Willen des Verordnungsgebers solle die Regulierungsbehörde befugt sein, „die zur Gewährleistung angemessener Entgelte erforderlichen Entscheidungen“ zu treffen. Um eine solche Entscheidung handele es sich bei der streitgegenständlichen Festlegung, so dass offen bleiben könne, ob die Umlage ein Entgelt, Preisbe-

standteil oder etwas gänzlich anderes sei.

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

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

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

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

falls teilweise aufzuheben.

Die **beteiligten Übertragungsnetzbetreiber B., C. und D.** schließen sich dem Antrag der Bundesnetzagentur an und beantragen hilfsweise,

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

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

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

Die Beigeladenen zu 8), 40), 44) und 78) treten der Beschwerde bei. Sie sind – wie die Betroffene - der Auffassung, dass es schon für eine Netzentgeltbefreiung an einer Ermächtigungsgrundlage im Energiewirtschaftsgesetz fehle und sie gegen Vorschriften des europäischen Beihilfenrechts sowie gegen den grundrechtlich geschützten Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 GG verstoße. Darüber hinaus fehle es auch an einer Ermächtigungsgrundlage für die streitbefangene Festlegung, die daher insgesamt aufzuheben sei.

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

B.

Die zulässige Beschwerde der Betroffenen hat aus den mit den Beteiligten in der Senatssitzung erörterten Gründen in der Sache Erfolg; sie führt zur Aufhebung der angegriffenen Festlegung, weil diese der Umsetzung der mit Wirkung zum 4. August 2011 in Kraft getretenen Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV dient, die indessen nichtig ist. Die Hilfsanträge der am Beschwerdeverfahren der Betroffenen beteiligten Übertragungsnetzbetreiber sind bereits unzulässig.

I.

Die Beschwerde der Betroffenen ist – wie der Senat schon in seinem Beschluss vom 14. November 2012 ausgeführt hat – zulässig.

Ihrer Beschwerdebefugnis steht insbesondere nicht entgegen, dass sie an dem Verwaltungsverfahren der Bundesnetzagentur nicht förmlich beteiligt war. Zwar sieht § 75 Abs. 2 EnWG vor, dass derjenige beschwerdeberechtigt ist, der bereits im regulierungsbehördlichen Verfahren die Beteiligtenstellung inne hatte. In erweiternder Auslegung dieser Vorschrift ist allerdings auch die Beschwerdebefugnis eines Dritten, der nicht schon an dem Verfahren beteiligt war, zu bejahen, wenn er

durch den angegriffenen Verwaltungsakt unmittelbar in seinen Rechten berührt wird, weil dieser auch ihm gegenüber eine Regelungswirkung entfaltet (vgl. nur: BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2010 – EnVR 52/09, Rdnr. 14 „GABiGas“; Beschluss vom 11. November 2008 – EnVR 1/08, WuW/E DE-R 2535, Rdnr. 14 ff. – „citiworks“; Beschluss vom 22. Februar 2005 – KVZ 20/04, WuW/E DE-R 1544, 1545 – „Zeiss/Leica“).

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

II.

Die angegriffene Festlegung ist schon deshalb rechtswidrig, weil die zugrundeliegende Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV nichtig ist. Die Änderung hält sich nicht in den von der Ermächtigungsgrundlage gesetzten Grenzen und ist auch mit höherrangigem Recht nicht vereinbar, so dass für den Senat offen bleiben kann, ob sie darüber hinaus auch eine rechtswidrige staatliche Beihilfe i.S.d. Art. 107 AEUV oder eine verfassungswidrige Finanzierungsabgabe darstellt.

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

1.1. Der Änderung einer geltenden Verordnung durch ein Parlamentsgesetz steht es nicht schon entgegen, dass der Gesetzgeber die Regelungsbefugnis der Exekutive übertragen hat. Für den parlamentarischen Gesetzgeber besteht – wie die

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

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

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

rordnungsgebers begeben.

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

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

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

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

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

1.3.3. Die Zustimmungsbedürftigkeit eines Gesetzes, durch welches eine Verord-

nung geändert wird, beurteilt sich am Maßstab der für förmliche Gesetze geltenden Normen und nicht nach Art. 80 Abs. 2 GG (BVerfGE, a.a.O., Rdnr. 210 f.).

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

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

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

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

Die Änderung des § 19 Abs. 2 StromNEV steht damit nur insoweit in einem sach-

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

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

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

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

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

- Zum einen die Neuregelung, dass beim Vorliegen der dort genannten Schwellenwerte nunmehr eine Befreiung von den Netzentgelten erfolgen kann statt des zuvor nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV a.F. möglichen individuellen Netzentgelts. Letzteres hatte nach Satz 3 a.F. den Beitrag des Letztverbrauchers zu einer Senkung oder zu einer Vermeidung der Erhöhung der Netzkosten dieser und aller vorgelagerten Netz- und Umspannebenen widerzuspiegeln und war im Übrigen nach Satz 8 a.F. nur genehmigungsfähig, wenn die Netzentgelte aller übrigen Netznutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen sich dadurch nicht wesentlich erhöhen.
- Zum anderen ist ein bundesweiter Ausgleich zur Vermeidung überproportionaler regionaler Belastungen installiert worden. Danach sollen die durch individuelle Netzentgelte und Befreiungen entgangenen Erlöse auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber über eine finanzielle Verrechnung untereinander ausgeglichen werden. Verteilernetzbetreiber erhalten daher einen Erstattungsanspruch gegenüber dem vorgelagerten Übertragungsnetzbetreiber mit der Folge, dass die entgangenen Erlöse im Rahmen der Verprobung ihrer Netzentgelte nicht zu einer Erhöhung führen können. Auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber sieht § 19 Abs. 2 Satz 7 StromNEV sodann eine finanzielle Verrechnung der Erstattungsbeträge und der eigenen entgangenen Erlöse, also einen horizontalen Ausgleich, vor. Im Übrigen verweist der Gesetzgeber auf eine entsprechende Anwendung des § 9 KWKG.

Der Umfang dieser Verweisung ist streitig. Die Bundesnetzagentur – und mit ihr die Übertragungsnetzbetreiber - misst der Verweisung das Verständnis bei, dass der Gesetzgeber neben dem horizontalen Ausgleich auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber auch die Weiterwälzung und damit einen Umlagemechanismus wie in § 9 Abs. 4 ff. KWKG vorsehen wollte, den sie – die Bundesnetzagentur - mit der streitgegenständlichen

Festlegung weiter ausgestaltet hat. Die Betroffene – wie auch die Beschwerdeführer weiterer bei dem Senat anhängiger Beschwerdeverfahren und auch die Beigeladenen zu 8), 40), 44) und 78) - ist dagegen der Auffassung, es sei nur der Erstattungsanspruch der Verteilernetzbetreiber gegenüber den Übertragungsnetzbetreibern und daran anschließend der horizontale Ausgleich geregelt.

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

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

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

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

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

2.2.3.1. § 24 Satz 1 Nr. 1 EnWG ermächtigt zur Bedingungs- und Methodenregulierung im Verordnungswege; durch Verordnung können die Bedingungen für den Netzzugang einschließlich der Beschaffung und Erbringung von Ausgleichsleistungen, die Methoden zur Bestimmung dieser Bedingungen sowie die Methoden zur Bestimmung der Entgelte festgelegt werden. Ergänzend sieht § 24 Satz 1 Nr.

3 EnWG – klarstellend - vor, dass dabei auch im Einzelnen geregelt werden kann, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen die Regulierungsbehörde im Einzelfall individuelle Entgelte für den Netzzugang genehmigen oder untersagen kann.

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

Aus der Systematik und dem Sinn und Zweck der Ermächtigung sowie der Entstehungsgeschichte folgt nichts anderes. Die Methode zur Bestimmung der Entgelte soll die Vorgaben des § 21 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG umsetzen, wonach die Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang insbesondere angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein müssen. Inhaltlich soll der Verordnungsgeber damit nur ermächtigt werden, die Methode für die Bestimmung solcher – angemessenen, diskriminierungsfreien und transparenten - Netzentgelte, ihre Ausgestaltung und Ermittlung näher festzulegen, also zu konkretisieren, auf welche Art und Weise die Netzzugangsentgelte ermittelt werden sollen. Dabei hat die Methode die Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung sicherzustellen, weil die daraus abzuleitenden Netzentgelte nur so den materiellen Vorgaben des § 21 EnWG genügen können. Mit Blick darauf soll der Verordnungsgeber befugt sein, auch von einer grundsätzlich gewählten Methode abzuweichen und die Voraussetzungen für individuelle, also der Höhe nach abweichende Entgelte für die Nutzung des Netzes regeln zu können. Die erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens in den Katalog des § 24 Satz 1 EnWG eingefügte Regelungsziffer Nr. 3 dient – wie in der Begründung der Beschlussempfehlung des Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Arbeit ausgeführt ist – „der rechtsförmlichen Klarstellung des Gewollten“ (BT-Drs. 15/5268, S. 121). Mit ihr soll klargestellt werden, dass zum

einen in Sonderfällen auch von der grundsätzlich nach Satz 1 Nr. 1 verwendeten Methode abweichende Regelungen für die Bestimmung der Entgelte einer individuellen Netznutzung vorgesehen werden können und zum anderen in solchen Einzelfällen ebenfalls das Instrument der Genehmigung oder der Untersagung zur Verfügung steht (s.a. Bruhn in: BerlKommEnR, 2. A., Rdnr. 13 zu § 24). Dabei hatte der Gesetzgeber ganz offensichtlich im Blick, dass schon die VV II plus in Ziffer 1.10 individuelle Netznutzungsentgelte zwischen Netzbetreiber und Netznutzer vorsah, wenn das Nutzungsverhalten des Netznutzers – sein Höchstlastbeitrag - erheblich von den Preisfindungsgrundsätzen abwich.¹

Dieses Verständnis wird nicht nur durch die Regelung des § 118 Abs. 6 EnWG gestützt. Mit dieser durch das Gesetz zur Beschleunigung des Hochspannungsausbaus vom 21. August 2009 nachträglich eingefügten Privilegierung hat der Gesetzgeber neu errichtete Stromspeicheranlagen von den Entgelten für den Netzzugang auf Gesetzesebene befristet freigestellt (BT-Drs. 16/12898, S. 20²). Für den daraus ersichtlichen Gesetzesvorbehalt spricht weiter auch, dass es sich um eine wesentliche Entscheidung handelt, denn die vollständige Befreiung von der Gegenleistung und damit der Privilegierung von Gruppen von Netznutzern lässt sich mit dem die Entgeltregulierung beherrschenden Grundsatz der Verursachungsgerechtigkeit nicht in Einklang bringen (dazu s.u.).

2.2.3.2. Bei der in der Neuregelung des § 19 Abs. 2 StromNEV vorgesehenen „Befreiung“ handelt es sich nicht um ein solches individuelles Netzentgelt (ebenso: Missling, IR 2012, 206; Ernst/Koenig, EnWZ 2012, 51, 55). Der befreite Netznutzer entrichtet keine Gegenleistung. Die Befreiung stellt daher keine von der

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

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

grundsätzlichen Methodik abweichende Entgeltbildung, sondern eine generelle und vollständige Ausnahme von der zugrunde liegenden Entgeltpflicht dar mit – wie die vorliegende Konstellation zeigt – ggfs. weitreichenden finanziellen Folgen. Bei ihr handelt es sich um eine Privilegierung und damit ein aliud zu der Entgeltbildung, denn mit der Methode der zu bildenden Entgelte hat sie nichts zu tun. Dass der Ordnungsgeber auch ermächtigt werden sollte, solche Befreiungen und damit Ausnahmen von der Entgeltpflicht vorsehen zu können, ist – wie schon ausgeführt - nicht ersichtlich. Vielmehr spricht die Klarstellung in § 24 Satz 1 Nr. 3 EnWG, dass auch individuelle Netzentgelte erfasst sein sollen, gerade dafür, dass der Gesetzgeber sich die (wirtschaftspolitische) Entscheidung darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen eine vollständige Befreiung möglich sein soll, vorbehalten wollte.

Aus dem Umstand, dass die Sätze 6 und 7 der Neuregelung eine Kompensation für die von diesen befreiten Netznutzern nicht zu erhebenden Entgelte vorsehen, indem diese Ausfälle bundesweit durch die Letztverbraucher ausgeglichen werden, kann entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur nichts anderes folgen (so aber: OLG Jena, Beschluss vom 23.04.2012, 2 Kart 1/12; kritisch dazu Missling IR 2012, 206; Ernst/Koenig, EnWZ 2012, 51, 55). Zum einen ist auf den befreiten Netznutzer abzustellen, der kein Entgelt für den Netzzugang zu entrichten hat. Zum anderen würde eine etwaige Umlage entsprechend § 9 KWKG, durch welche allen Letztverbrauchern die durch die Befreiungen und individuellen Netzentgelte zu tragenden Entgeltausfälle auferlegt werden, gerade keine Gegenleistung und damit kein Entgelt für ihre Netznutzung darstellen, sondern nur ihre Beteiligung an den Kosten der Befreiung und Entgeltermäßigung Einzelner. Sie soll nach Maßgabe der angegriffenen Festlegung neben und damit zusätzlich zu den Netzzugangsentgelten erhoben werden. Insofern kann es dahinstehen, ob der Ausgleich der Erlösausfälle nach dem Willen des Gesetzgebers auf den horizontalen Ausgleich auf der Ebene der Übertragungsnetzbetreiber beschränkt sein sollte, oder im Anschluss daran – wie die Bundesnetzagentur und die Übertragungsnetzbetreiber meinen – eine vertikale Rückbelastung der nachgelagerten Netzbetreiber und die Umlage der Kosten auf den Letztverbraucher entsprechend § 9 Abs. 4 ff. KWKG erfolgen sollte. Selbst wenn letzteres mit der Regelung bezweckt gewesen sein sollte, um den vier Übertragungsnetzbetreibern nicht die

Last der Vorfinanzierung aufzuerlegen, führt dies im Ergebnis zu keiner anderen Beurteilung. Auch insoweit wäre der Rahmen der Ermächtigung überschritten, denn bei der Umlage handelt es sich um eine bundesweite Kompensationsleistung, die der Netzbetreiber von dem Netznutzer neben den Entgelten für das von ihm genutzte Netz erheben soll. Dass der Verordnungsgeber so weitgehend legitimiert worden ist, er also befugt sein soll, im Rahmen der Verordnung zur Bestimmung der Entgelte auch zusätzliche Kompensationsleistungen zu kreieren, ist jedoch ebenso wenig ersichtlich.

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

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

2.2.4.2. Nach Art. 32 Abs. 1 der Richtlinie 2009/72/EG³ haben die Mitgliedstaaten

³ entspricht Art. 20 Abs. 1 EltRL (2003/54/EG)

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

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

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

chend sachlich begründet sein und in ihrem Gewicht der Intensität der Abweichung von der zugrunde gelegten Ordnung entsprechen.

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

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

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

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

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

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

also nur zu einer Reduzierung des Leistungs- und nicht auch des Arbeitspreises führen kann (BGH, a.a.O.).

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

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

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

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

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

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

dass die Genehmigung eines individuellen Netzentgelts nach § 19 Abs. 2 Satz 8 StromNEV a.F. nur erfolgen konnte, wenn „die Netzentgelte aller übrigen Netznutzer dieser und aller nachgelagerten Netz- und Umspannebenen sich dadurch nicht wesentlich erhöhen“.

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

III.

Die Hilfsanträge der beteiligten Übertragungsnetzbetreiber B., C. und D. sind unzulässig.

Sie begehren die (allgemeine) Feststellung, dass sie nicht aus § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV dazu verpflichtet sind, entgangene Erlöse, die aus individuellen Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 1 StromNEV und Befreiungen von Netzentgelten nach § 19 Abs. 2 Satz 2 StromNEV auf Grundlage von Genehmigungen nach § 19 Abs. 2 Satz 3 StromNEV resultieren, nachgelagerten Betreibern von Elektrizitätsverteilernetzen zu erstatten.

Für eine solche allgemeine, abstrakte Feststellung ist in dem Beschwerdeverfahren der Betroffenen indessen aus verschiedenen Gründen kein Raum. Allerdings ist ein Feststellungsantrag nach der Rechtsprechung des Kartellsenats des Bundesgerichtshofs im energiewirtschaftsrechtlichen Verwaltungsverfahren grundsätzlich statthaft, soweit im Einzelfall ein dem Art. 19 Abs. 4 GG genügender lückenloser Rechtsschutz nur im Wege eines gerichtlichen Feststellungstreits in Betracht kommt. Dabei sind für die Beurteilung der Zulässigkeit eines solchen Feststellungsantrags die Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung und ihre Ausgestaltung durch die Rechtsprechung entsprechend heranzuziehen (BGH, Kartellsenat, Beschluss vom 14.08.2008 – „Rheinhessische Energie“ -, Rdnr. 80 f.). Entsprechend § 43 Abs. 1 VwGO könnte daher die Feststellung des Bestehens oder

Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts begehrt werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat.

Daran und an der Beschränkung des Gegenstands des Beschwerdeverfahrens auf den Aufhebungsanspruch der Betroffenen scheitern die Feststellungsanträge der beteiligten Übertragungsnetzbetreiber indessen. Dabei kann es dahinstehen, ob die beteiligten Übertragungsnetzbetreiber als notwendig Beteiligte des Beschwerdeverfahrens anzusehen sind. Selbst dann ist ihr Antragsrecht nach § 66 Satz 2 VwGO, der in energieverwaltungsrechtlichen Verfahren entsprechende Anwendung findet, durch den Rahmen des vom Beschwerdeführer bestimmten Streitgegenstands beschränkt (Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. A., Rdnr. 6 zu § 79; Bracher in: E. er Kommentar zum Kartellrecht, Rdnr. 12 zu § 67; Schmidt in: Eyermann, VwGO, 13. Aufl., Rdnr. 10 zu § 66; a.A.: Kopp/Schenke, VwGO, 18. Aufl., Rdnr. 6 zu § 66; Bier in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 24. Erg.lieferung 2012, Rdnr. 6 zu § 66; VG Koblenz NVwZ 1992, 295, 296; offengelassen BVerwG, Beschluss vom 31.05.2010, 3 B 29/10, BeckRS 2010, 52459, Rdnr. 10f.). Als Dritte in einem Verfahren zwischen anderen Hauptbeteiligten können sie schon nicht über den Verfahrensgegenstand dieses Beschwerdeverfahrens disponieren und den so gesteckten Rahmen überschreiten, indem sie einen eigenen weitergehenden Anspruch, der die Frage ihrer in § 19 Abs. 2 Satz 6 StromNEV normierten Verpflichtung gegenüber allen nachgelagerten Verteilernetzbetreibern betrifft, zum Gegenstand des Beschwerdeverfahrens zwischen der Betroffenen und der Bundesnetzagentur machen. Gegenstand energiewirtschaftlicher Beschwerdeverfahren sind Verwaltungsakte und schlichte Verwaltungshandlungen der Regulierungsbehörden und damit der administrative Vollzug von gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Normen (Hanebeck in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. A., Rdnr. 3 ff. zu § 75; vgl. zu § 63 GWB nur: Langen/Bunte in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1, 11. A., Rdnr. 4 zu § 63). Vorliegend ist der Verfahrensgegenstand dementsprechend auf den Anspruch der Betroffenen beschränkt, der auf Aufhebung der Festlegung der Bundesnetzagentur gerichtet ist und in dessen Rahmen lediglich eine Inzidentkontrolle der zugrundeliegenden Verordnungsänderung erfolgt. Insoweit unterscheidet sich die Zielsetzung dieses auf Einzelrechtsschutz im Rahmen des

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

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

C.

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

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

D.

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

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 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 S. 2, 80 S. 2 EnWG).

L.

vR.

A.