



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

BESCHLUSS

In der energiewirtschaftlichen Verwaltungssache

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht L., die Richterin am Oberlandesgericht F. und die Richterin am Oberlandesgericht A. auf die mündliche Verhandlung vom 3. Dezember 2014

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

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

Der Beschwerdewert wird auf € 50.000 festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

A.

Die Beschwerdeführerin betreibt ein Elektrizitätsverteilernetz Unter dem 28.03.2012 beantragte sie die Genehmigung einer Investitionsmaßnahme für das

Projekt B., die die Bundesnetzagentur mit dem angegriffenen Beschluss vom 06.11.2013 (BK4-13-274) genehmigte.

In dem Beschluss heißt es unter Punkt D. I. der Gründe:

„Die Antragstellerin kann ihre Erlösobergrenze um die sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kosten und Erlösen anpassen...

Für die Berechnung der Kapital- und Betriebskosten hat die Antragstellerin gemäß § 23 Abs. 1 S. 3 ARegV die Vorgaben der Festlegung der Bundesnetzagentur zu den Kapital- und Betriebskosten gemäß § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV zu berücksichtigen.“

In der in Bezug genommenen Festlegung BK4-12-656 vom 02.05.2012 hat die Beschlusskammer 4 der Bundesnetzagentur bestimmt, dass Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen i. S. d. § 3 Nr. 2 EnWG sowie Betreiber von Gasversorgungsnetzen i. S. d. § 3 Nr. 6 EnWG verpflichtet sind, die Berechnung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen nach § 23 ARegV ergebenden Kapital- und Betriebskosten nach Maßgabe dieser Festlegung vorzunehmen. Die Vorgaben der Festlegung gelten nach Tenorziffer 2 für alle nach § 23 ARegV genehmigten Investitionsmaßnahmen mit Kostenwirksamkeit ab dem Jahr 2012. Ziffer 4 der Festlegung (S. 9) bestimmt, dass im Rahmen des § 7 Abs. 1 S. 4 StromNEV/GasNEV bei Neuanlagen für das erste Jahr der Kostenwirksamkeit bzw. Aktivierung keine Berechnung des Jahresanfangsbestands der kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens erfolgt.

Auf die gegen diese Festlegung gerichteten Beschwerden zweier anderer Netzbetreiber hob der erkennende Senat in den Verfahren VI-3 Kart 198/12 und VI-3 Kart 195/12 diese mit Beschlüssen vom 11.09.2013 bzw. 18.12.2013 als rechtswidrig auf und verpflichtete die Bundesnetzagentur zur Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats. In den von der Bundesnetzagentur gegen beide Entscheidungen angestrebten Rechtsbeschwerdeverfahren nahmen die jeweiligen Beschwerdeführerinnen ihre Beschwerden zurück. Die Beschwerdeführerin selbst hat gegen die Festlegung keine Beschwerde eingelegt.

Mit Schreiben vom 21.10.2013 regte die Beschwerdeführerin gegenüber der Bundesnetzagentur an, die Entscheidung des Senats vom 11.09.2013 bei der Berechnung der Eigenkapitalverzinsung zugrunde zu legen. Hilfsweise bat sie um Zusicherung, dass für den Fall einer rechtskräftigen Entscheidung diese bei der Bestimmung

der Kapitalkosten für Investitionsmaßnahmen nachträglich berücksichtigt werde. In dem Begleitschreiben vom 29.11.2013 zu der streitgegenständlichen Genehmigung wies die Bundesnetzagentur die Bitte um Berücksichtigung der Senatsentscheidung unter Hinweis auf die noch nicht eingetretene Rechtskraft ab und lehnte eine dahingehende Zusicherung, die Entscheidung im Falle des Eintritts der Rechtskraft nachträglich bei der Bestimmung der Kapitalkosten für Investitionsmaßnahmen zu berücksichtigen, als grundsätzlich nicht in Betracht kommend ab.

Mit der form- und fristgerecht eingelegten Beschwerde wendet sich die Beschwerdeführerin gegen die Verpflichtung, für die Berechnung der Kapital- und Betriebskosten die Vorgaben der Festlegung der Bundesnetzagentur zu den Kapital- und Betriebskosten vom 02.05.2012 (BK4-12-656) zu beachten.

Sie ist der Auffassung, der Anfechtungsantrag sei zulässig, weil es sich bei der streitgegenständlichen Vorgabe in dem angefochtenen Beschluss um einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG handle. Die Bundesnetzagentur habe eine erneute Sachentscheidung hinsichtlich der nur inhaltlich in Bezug genommenen Festlegung getroffen. Der Passus in der Genehmigung sei nicht lediglich als bloßer Hinweis zu verstehen, sondern enthalte ein klares Handlungsgebot und weise damit Regelungscharakter auf.

Der Antrag sei unabhängig von der Bestandskraft der Festlegung vom 02.05.2012 (BK4-12-656) begründet. Sie wende sich nicht dagegen, dass die Festlegung vom 02.05.2012 und die darin enthaltenen Vorgaben zur Mittelwertberechnung ihr gegenüber wirksam seien, sondern dagegen, dass die Bundesnetzagentur in dem angefochtenen Beschluss die Fortgeltung der rechtswidrigen Mittelwertbildung für die streitgegenständliche Investitionsmaßnahme zu Unrecht angeordnet habe.

Die Bundesnetzagentur habe von ihrer Befugnis nach § 32 Abs. 1 Nr. 8a RegV i.V.m. § 24 EnWG Gebrauch gemacht, eine Entscheidung zur Berechnung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kapital- und Betriebskosten zu treffen. Diese Ermessensentscheidung leide jedoch an einem erheblichen Ermessensfehlergebrauch. Die Bundesnetzagentur habe die vom Bundesverwaltungsgericht für einen Anspruch auf Wiederaufgreifen des Verfahrens entwickelten und auf die streitgegenständliche Konstellation übertragbaren Kriterien für die Abwägung zwischen Rechtssicherheit und materieller Einzelfallgerechtigkeit nicht berücksichtigt. Die Be-

standskraft der Festlegung könne die Verpflichtung zur Anwendung der Mittelwertberechnung schon deshalb nicht rechtfertigen, weil diese ausweislich der bei Erlass des angefochtenen Bescheids bereits vorliegenden Entscheidung des erkennenden Senats offensichtlich rechtswidrig sei. Dass die Entscheidung nicht rechtskräftig geworden sei, ändere nichts an der durch den Senat festgestellten Rechtswidrigkeit.

Zudem komme es zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung der Netzbetreiber. Die Aktivierung einer Neuanlage im Laufe eines Jahres werde unterschiedlich in den Erlösobergrenzen abgebildet, je nachdem, ob die Neuanlage im Rahmen oder außerhalb einer genehmigten Investitionsmaßnahme errichtet worden sei. Nur im letzteren Fall könne sich die Beschwerdeführerin gegen die rechtswidrige Mittelwertberechnung im Beschwerdeverfahren gegen die Erlösobergrenzenfestlegung wehren. Da in beiden Fällen auf die Vorschrift des § 7 Abs. 1 S. 4 StromNEV/GasNEV zurückgegriffen werde, sei ein sachlicher Grund für die unterschiedliche Bewertung dieser Sachverhalte nicht ersichtlich.

Zudem sei für die Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Festlegung BK4-12-656 vom 02.05.2012 nicht ersichtlich gewesen, ob und inwieweit sie selbst durch die darin enthaltenen Regelungen betroffen oder geschädigt werden würde. Somit hätte sich die Einlegung einer Beschwerde zum damaligen Zeitpunkt weder rechtfertigen noch angemessen begründen lassen. Würde dem Prinzip der Rechtssicherheit der Vorrang gewährt, wäre jeder Netzbetreiber zur Sicherung seiner Rechte gezwungen, zunächst „ins Blaue hinein“ fristwährend Beschwerde gegen jede Festlegung einzulegen.

Die Verpflichtung zur Anwendung der Festlegung stelle sich auch deshalb als ermessensfehlerhaft dar, weil sie nicht zeitlich befristet sei und damit trotz ihrer von der Rechtsprechung festgestellten Rechtswidrigkeit für alle zukünftigen Regulierungsperioden Geltung beanspruche. Es widerspreche jedoch dem Prinzip der materiellen Gerechtigkeit und dem Gebot gesetzmäßigen Verwaltungshandelns, wenn eine nach den Erkenntnissen der Rechtsprechung rechtswidrige Regulierungspraxis „bis in alle Ewigkeit“ festgeschrieben und prolongiert werde. Die Fortgeltung der rechtswidrigen Methodenfestlegung würde zu einer Festlegung der absetzbaren Kosten aus genehmigten Investitionsmaßnahmen führen, die nicht mehr angemessen sei und keine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals gewährleiste. Die erheblichen wirtschaftlichen Nachteile, die sich ohne Korrektur der rechtswidrigen Mittelwertbe-

rechnung für sie ergäben, sprächen ebenfalls für den Vorrang des Prinzips der materiellen Gerechtigkeit.

Die Entscheidung der Bundesnetzagentur, die in der Festlegung vom 02.05.2012 vorgesehene Mittelwertbildung anzuwenden, sei auch im Hinblick auf den Aussagegehalt des § 29 Abs. 2 EnWG ermessensfehlerhaft. Durch diese Regelung habe der Gesetzgeber dem Prinzip der materiellen Gerechtigkeit Vorrang vor dem Prinzip der Rechtssicherheit eingeräumt.

Die Vorgaben der Beschwerdegegnerin zur Mittelwertbildung seien rechtswidrig, wie der erkennende Senat bereits entschieden habe. Die Mittelwertberechnung widerspreche sowohl dem Wortlaut des § 7 Abs. 1 StromNEV als auch der Systematik und dem Sinn und Zweck der Verordnung.

Auch der Feststellungsantrag sei zulässig und begründet. Sie habe ein rechtliches und wirtschaftliches Interesse an der begehrten Feststellung, an die Vorgaben der Festlegung zur Mittelwertbildung nicht gebunden zu sein.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

1. den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 06.11.2013 (BK4-13-274) aufzuheben, soweit sie darin verpflichtet wird, für die Berechnung der Kapital- und Betriebskosten gemäß § 23 Abs. 1 S. 3 ARegV die Vorgaben der Festlegung der Bundesnetzagentur zu den Kapital- und Betriebskosten gem. § 29 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV zu berücksichtigen.

2. festzustellen, dass sie bei der mit Beschluss der Bundesnetzagentur vom 06.11.2013 genehmigten Investitionsmaßnahme nicht verpflichtet ist, im Rahmen der Berechnung der Kapital- und Betriebskosten gemäß § 23 Abs. 1 S. 3 ARegV für Neuanlagen für das erste Jahr der Kostenwirksamkeit bzw. Aktivierung den Jahresanfangsbestand der kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens mit Null anzusetzen.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Beschwerde sei bereits unzulässig, denn die streitgegenständliche Passage stelle keine selbständige Regelung, sondern lediglich einen Hinweis auf die bestehende Rechtslage dar. Die Beschwerde sei auch unbegründet. Die vermeintliche Rechtswidrigkeit der Vorgaben für die Mittelwertbildung sei unerheblich, da die Festlegung BK4-12-656 gegenüber der Beschwerdeführerin in Rechtskraft erwachsen sei und mithin nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sein könne.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang sowie das Protokoll der Senatssitzung vom 03.12.2014 verwiesen.

B.

Die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde hat aus den mit den Beteiligten in der mündlichen Verhandlung im Einzelnen erörterten Gründen weder mit dem Anfechtungsantrag noch mit dem Feststellungsbegehren in der Sache Erfolg.

I. Der Anfechtungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

1. Der Antrag ist statthaft, weil es sich bei den angefochtenen Ausführungen der Beschlusskammer um eine Entscheidung der Regulierungsbehörde handelt. Eine Entscheidung im Sinne der §§ 75 Abs. 1, 73 Abs. 1 EnWG liegt dann vor, wenn ein Verwaltungsakt im Sinne des § 35 VwVfG vorliegt (BGH, Beschluss vom 19.06.2007, KVR 17/06, bei juris unter Rn. 22; Hanebeck in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. Auflage, § 73 Rn. 6). Bezogen auf den Streitfall ist zwischen einer – erneuten - Sachentscheidung nach § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV i.V.m. § 24 EnWG zur Berechnung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kapital- und Betriebskosten, einem feststellenden Verwaltungsakt, der eine bestehende Rechtslage – allerdings rechtsverbindlich – feststellt und einem schlichten Hinweis auf die

Rechtsslage, der bloßen Mitteilung oder Auskunft ohne Regelungscharakter, zu unterscheiden (vgl. Pietzcker in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 24. Ergänzungslieferung, § 42 Abs. 1 Rn. 26). Dabei kann es sich auch um einen schlichten Hinweis handeln, wenn dieser in die Begründung eines Verwaltungsakts aufgenommen worden ist (Stelkens in Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Auflage, § 35 Rn. 86). Die Einordnung hängt in erster Linie von einer genauen Analyse der Gesetzeslage sowie den von der Behörde gewählten Formulierungen ab (Pietzcker a.a.O., § 42 Abs. 1 Rn. 26). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist es anerkannt, dass für die Auslegung von Willensäußerungen der Verwaltung gemäß der im öffentlichen Recht entsprechend anwendbaren Auslegungsregel des § 133 BGB nicht der innere, sondern allein der erklärte Wille maßgebend ist, wie ihn der Empfänger bei objektiver Würdigung verstehen konnte (BVerwGE 60, 223, 228 f.; 41, 305, 306). Unklarheiten gehen hierbei zu Lasten der Verwaltung (BVerwG aaO).

Ausgehend vom Wortlaut der von der Bundesnetzagentur gewählten Formulierungen in dem angefochtenen Bescheid und dem Begleitschreiben sowie angesichts des Ablaufs des Verwaltungsverfahrens stellen die Ausführungen unter D.I. der Begründung einen Verwaltungsakt dar. Dafür spricht zunächst der Wortlaut des streitgegenständlichen Passus, der durch die Verwendung des Imperativs ein Handlungsgebot enthält. Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur entfällt der Regelungscharakter nicht bereits deswegen, weil die Ausführungen der Bundesnetzagentur inhaltlich nicht von der in Bezug genommenen Festlegung abweichen. Angesichts des vor Erlass des angefochtenen Bescheids ergangenen Beschlusses des erkennenden Senats in Sachen „Mittelwertbildung“ (Beschluss vom 11.09.2013, VI-3 Kart 198/12) und der Anregung der Beschwerdeführerin vom 21.10.2013, diese Entscheidung bei der Berechnung der Eigenkapitalverzinsung zugrunde zu legen, bestand hinreichender Anlass für die Bundesnetzagentur, verbindlich anzuordnen, dass die Festlegung trotz der Entscheidung des Senats weiterhin zur Anwendung kommen solle. Die streitgegenständliche Passage ging damit aus der Sicht eines objektiven Empfängers über einen schlichten Hinweis auf die bestehende Rechtsslage und ständige Verwaltungspraxis schon deswegen hinaus, weil infolge der Senatsentscheidung Klärungsbedarf im Hinblick auf die weitere Anwendung der Festlegung bestand. Die sich aufdrängende und von der Beschwerdeführerin ausdrücklich aufgeworfene Frage, ob die vom Senat aufgehobene Festlegung weiterhin angewendet werden sollte, hat die

Bundesnetzagentur durch die angefochtenen Ausführungen verbindlich geregelt und sich nicht auf einen bloßen Hinweis auf die Rechtslage beschränkt. Dies ergibt sich insbesondere aus dem Inhalt des Begleitschreibens vom 29.11.2013, mit dem die Bundesnetzagentur das Begehren der Beschwerdeführerin nach Berücksichtigung der Senatsentscheidung zurückwies. Indem die Bundesnetzagentur die Anwendbarkeit bzw. Fortgeltung der Festlegung durch Hinweis auf die mangelnde Rechtskraft der Senatsentscheidung begründete, ergab sich nach dem objektiven Empfängerhorizont, dass die Bundesnetzagentur die Frage der Weitergeltung der Festlegung in Ansehung der durch die Senatsentscheidung veränderten Situation bedacht, abgewogen und entschieden hatte. Ein solcher Abwägungs- und Begründungsprozess spricht maßgeblich für den Entscheidungs- und damit Regelungscharakter der Ausführungen. Ein schlichter Hinweis auf eine bestehende Festlegung erfordert weder eine Abwägung, noch eine Begründung, warum die Festlegung anzuwenden ist.

2. Die Anfechtungsbeschwerde ist aber unbegründet.

Die Bestandskraft der Festlegung BK4-12-656 steht einer inhaltlichen Überprüfung der dort enthaltenen Vorgaben zur Mittelwertbildung, auf die der angefochtene Beschluss verweist, entgegen (vgl. die Ausführungen unter a.) Die im Rahmen des Beschwerdeverfahrens allein zu überprüfende Entscheidung der Bundesnetzagentur, die Festlegung BK4-12-656 auf die streitgegenständliche Investitionsmaßnahme anzuwenden, ist nicht zu beanstanden (vgl. die Ausführungen unter b.).

a. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin hat die Bundesnetzagentur in der streitgegenständlichen Genehmigung keine eigene erneute Sachentscheidung nach § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV i.V.m. § 29 EnWG zur Berechnung der sich aus genehmigten Investitionsmaßnahmen ergebenden Kapital- und Betriebskosten getroffen. Wäre das der Fall, stünde die Bestandskraft der Festlegung BK4-12-656 der gerichtlichen Überprüfung der Vorgabe nicht entgegen, sondern die Entscheidung wäre ohne weiteres auf ihre materielle Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen.

Die Ermächtigung nach § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV i.V.m. § 29 EnWG erlaubt den Regulierungsbehörden, für die Netzbetreiber verbindliche Entscheidungen in Form von Festlegungen oder Genehmigungen zu treffen. Auch eine Einzelfallregelung kann auf die Ermächtigungsgrundlage des § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV gestützt werden. Diese Norm eröffnet damit eine Entscheidungskompetenz der Regulierungsbe-

hörde, inhaltliche Vorgaben zur Berechnung aufzustellen. Da die Bundesnetzagentur durch die Festlegung BK4-12-656 bereits von der Befugnis nach § 32 Abs. 1 Nr. 8a ARegV Gebrauch gemacht hat, stellt sich die angefochtene Regelung in der Genehmigung nicht als erneute Sachentscheidung zur Berechnung der Kapital- und Betriebskosten der genehmigten Investitionsmaßnahme dar. Dagegen spricht zum einen die von der Methodenfestlegung in einer bestandskräftigen Festlegung ausgehende Bindungswirkung: Soweit Methodenfestlegung und Einzelregulierung durch dieselbe Behörde erfolgen, tritt durch die Methodenfestlegung eine Selbstbindung für nachgelagerte Entscheidungen ein (vgl. Britz in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. Aufl., § 29 Rn. 9). Zum anderen streiten auch systematische Erwägungen für die Annahme, dass die Bundesnetzagentur die Frage der Berechnungsmethode mittels Festlegung und nicht mittels Genehmigung geregelt hat. Während es sich bei der Genehmigung um die Regelung eines Einzelfalles handelt, dient die Festlegung der Standardisierung und der Klärung wiederkehrender Fragestellungen. Die Regulierungsbehörden wären überfordert, wenn in jedem Genehmigungsverfahren wiederkehrende, grundsätzliche Fragen stets erneut zu behandeln wären (vgl. Schmidt-Preuß, in: Berliner Kommentar zum Energierecht, 3. Aufl. § 29 Rn. 10). Das Instrument der Festlegung ermöglicht eine effiziente Ausgestaltung des regulierungsrechtlichen Verwaltungsverfahrens. Dieser auf Verfahrenseffizienz ausgerichteten Systematik widerspräche es, eine bereits im Rahmen einer Festlegung geklärte Methodenfrage im Rahmen einer individualisierten Genehmigung erneut zu klären.

Die in dem streitgegenständlichen Genehmigungsbescheid angeordnete Geltung der Festlegung BK4-12-656 für die Investitionsmaßnahme impliziert die Entscheidung, von der durch § 29 Abs. 2 EnWG eingeräumten Befugnis bzw. den Möglichkeiten nach §§ 48, 49 VwVfG keinen Gebrauch zu machen und die Festlegung unverändert und ohne erneute Sachprüfung ihrer inhaltlichen Vorgaben weiterhin anzuwenden. § 29 Abs. 2 S. 1, 2 EnWG enthält Regelungen über die nachträgliche Abänderbarkeit regulierungsbehördlicher Entscheidungen nach § 29 Abs. 1 EnWG. Danach hat die Regulierungsbehörde die Befugnis, von Amts wegen oder auf Antrag die von ihr nach § 29 Abs. 1 EnWG festgelegten oder genehmigten Bedingungen und Methoden zu ändern, um sicherzustellen, dass diese angemessen und nicht diskriminierend sind (Begr. BT-Drs. 15/3971, S. 62). Daneben sind auch §§ 48, 49 VwVfG anwendbar. § 48 regelt die Rücknahme rechtswidriger begünstigender wie belastender Ver-

waltungsakte, § 49 VwVfG den Widerruf rechtmäßiger Verwaltungsakte. Die Aufhebung steht im Ermessen der Behörde, ein Anspruch besteht grundsätzlich nicht.

Die Bundesnetzagentur hat gerade keine erneute, ergebnisoffene Sachprüfung im Hinblick auf den Inhalt der durchzuführenden Mittelwertberechnung durchgeführt, sondern eine Sachentscheidung ausschließlich im Hinblick auf die Fortgeltung und Anwendbarkeit der Festlegung getroffen. Auch die Beschwerdeführerin begehrt – in Widerspruch zu ihrem Ansatz, wonach die Bundesnetzagentur eine Sachentscheidung über die Methode der Mittelwertberechnung getroffen habe – die Überprüfung der Entscheidung, die in der Festlegung getroffenen Vorgaben zur Mittelwertberechnung auf die streitgegenständliche Investitionsmaßnahme anzuwenden und wendet sich gerade dagegen, dass die Bundesnetzagentur unter Verweis auf die angenommene Bestandskraft der Festlegung keine erneute Sachprüfung der Vorgaben zur Mittelwertberechnung durchgeführt hat.

b. Die Entscheidung der Bundesnetzagentur, die Anwendung der Festlegung BK4-12-656 auf die streitgegenständliche Investitionsmaßnahme anzuordnen, ist rechtmäßig.

aa. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist die Entscheidung nicht deswegen zu beanstanden, weil die Vorgaben der Festlegung zur Mittelwertbildung rechtswidrig seien. Die formelle und materielle Bestandskraft der Festlegung steht ihrer gerichtlichen Kontrolle entgegen. Dabei kann dahinstehen, ob – wie die Bundesnetzagentur meint – die Festlegung gegenüber der Beschwerdeführerin schon deswegen in Bestandskraft erwachsen ist, weil sie selbst keine Beschwerde eingelegt hat oder ob eine erfolgreiche Anfechtung der Festlegung durch andere Beschwerdeführer auch zugunsten der hiesigen Beschwerdeführerin Wirkung entfaltet hätte. Unstreitig ist es nicht zu einer rechtskräftigen Aufhebung der Festlegung gekommen. Infolge der Rücknahmen der gegen die Festlegung gerichteten Beschwerden im Rechtsbeschwerdeverfahren sind die die Aufhebung der Festlegung anordnenden Entscheidungen des Senats gegenstandslos geworden (Roesen/Johanns, in: Berliner Kommentar, EnWG, § 75 Rn. 60).

Es entspricht der Rechtsprechung des Senats, dass nach Eintritt der Bestandskraft die Entscheidungen der Bundesnetzagentur einer gerichtlichen Kontrolle entzogen sind (vgl. Senat, Beschl. v. 20.02.2013, VI-3 Kart 123/12; 17.07.2013, VI-3 Kart

101/09). Die Beschwerdeführerin geht fehl in der Annahme, aus der von ihr angeführten Entscheidung des Bundesverwaltungsgericht vom 06.06.1975 (IV C 15.73 BVerwGE 48, 271) lasse sich ableiten, dass die Regulierungsbehörde gezwungen sei, vor Anwendung oder Verweis auf eine bestandskräftige Festlegung diese einer erneuten materiellen Überprüfung zu unterziehen. Die Entscheidung ist auf das Energiewirtschaftsrecht schon nicht übertragbar, weil das Bundesverwaltungsgericht maßgeblich darauf abgestellt hat, dass die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG einen gesteigerten Rechtsschutz verlange und daher die Bestandskraft hinter einer gerichtlichen Überprüfung zurückzutreten habe. Jedenfalls hat aber auch das Bundesverwaltungsgericht der Bestandskraft von Verwaltungsakten Rechtskraftwirkung zuerkannt – und sie damit der gerichtlichen Kontrolle entzogen – wenn sie in einem gerichtlichen Verfahren ergangen sind, das relative Gewähr für die Richtigkeit der Entscheidung bietet. Das Beschlusskammerverfahren erfüllt diese Voraussetzungen. Der Aufbau des Beschlusskammerverfahrens sowie der Charakter der Beschlusskammerentscheidungen sind ausweislich der Organisationsvorschrift des § 59 EnWG gerichtsähnlich. Die regulatorischen Entscheidungen werden durch unabhängige und als kollegiales Gremium ausgestaltete Beschlusskammern getroffen. Die hier in Rede stehende Anordnung ist demnach mit einer bauordnungsrechtlichen Beseitigungsverfügung, wie sie den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts in der genannten Entscheidung zugrunde lag, nicht vergleichbar.

Dass bestandskräftige Festlegungen einer gerichtlichen Kontrolle entzogen sind, entspricht letztlich auch der sich aus der Zweistufigkeit der regulierungsrechtlichen Entscheidungsformen ergebenden Systematik. Die Ausgestaltung, wonach wiederkehrende und für eine Vielzahl von Fallgestaltungen relevante methodische Fragen vorab und allgemein in einem separaten Verfahren mittels Festlegung geklärt werden können, liefe leer, wenn nicht nur die Methodenfestlegung als solche, sondern nachträglich im Rahmen einer jeder Einzelfallentscheidung auch die vorgelagerten allgemeinen Entscheidungen angegriffen werden könnten. Für eine inzidente Überprüfung vorgelagerter Rahmenentscheidungen ist in dem vom Gesetzgeber vorgesehenen zweistufigen Regulierungssystem somit kein Raum.

bb. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist die Entscheidung der Bundesnetzagentur, die Festlegung BK4-12-656 ohne erneute Sachprüfung auf die genehmigte Investitionsmaßnahme anzuwenden und das Festlegungsverfahren nicht

wieder aufzugreifen, auch im Hinblick auf das ihr eingeräumte Rücknahmeermessen und nach Maßgabe der vom BVerwG entwickelten Kriterien zu der Frage, wann sich die Verwaltungsbehörde mit einem rechtskräftigen Verwaltungsakt nochmals befassen muss, nicht als ermessensfehlerhaft zu beanstanden. Danach kommt bei der Ausübung des Rücknahmeermessens dem Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit, die im Antrags- oder Rechtsmittelverfahren zu verwirklichen ist, prinzipiell kein größeres Gewicht zu als dem Grundsatz der Rechtssicherheit (vgl. dazu und zum folgenden BVerwGE 28, 122, 12; BVerwGE 121, 226, 230). Der Grundsatz der Rechtssicherheit gebietet es vielmehr, nach Abschluss des Rechtsmittelverfahrens einen Anspruch auf Wiederaufgreifen nur zu gewähren, wenn die Aufrechterhaltung des Verwaltungsaktes schlechthin unerträglich wäre. Das Festhalten an einem rechtswidrigen Verwaltungsakt stellt sich nach der Rechtsprechung des BVerwG dann als schlechthin unerträglich dar, wenn die Behörde gegen den allgemeinen Gleichheitssatz dadurch verstößt, dass sie in gleichen oder ähnlich gelagerten Fällen von ihrer Rücknahmebefugnis Gebrauch macht, sich die Berufung auf die Unanfechtbarkeit als Verstoß gegen die guten Sitten oder Treu und Glauben darstellt oder der Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig ist.

Keine dieser vom Bundesverwaltungsgericht anerkannten Konstellationen ist im Streitfall einschlägig.

(a). Das Ermessen der Bundesnetzagentur ist nicht deshalb auf Null reduziert, weil die Festlegung evident rechtswidrig ist. Die Auffassung der Beschwerdeführerin, die Bundesnetzagentur habe die Anwendung der Festlegung nicht anordnen dürfen, weil sich bei Erlass der streitgegenständlichen Genehmigung die Rechtswidrigkeit der Vorgaben zur Mittelwertberechnung aufgedrängt habe, ist verfehlt. Die Bundesnetzagentur musste weder im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Entscheidung noch im Folgenden von einer offensichtlichen Rechtswidrigkeit der nicht rechtskräftig aufgehobenen Festlegung ausgehen.

Im Rahmen der hier zu treffenden Entscheidung ist nicht – auch nicht inzidenter – über die materielle Rechtmäßigkeit der Festlegung zu befinden. Auch bei einer etwaigen Rechtswidrigkeit stellt sich das Festhalten an der nunmehr bestandskräftigen Festlegung nicht als schlechthin unerträglich dar.

Im Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Bescheids lag nur die Entscheidung des erkennenden Senats vom 11.09.2013 (VI-3 Kart 198/12) vor. Zwar hatte der Senat die Vorgaben der Festlegung zur Mittelwertberechnung für rechtswidrig befunden und die Festlegung aufgehoben. Diese Entscheidung war jedoch noch nicht in Rechtskraft erwachsen. 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. Dies ist jedoch bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Vorgaben zur Mittelwertberechnung gerade nicht der Fall. Vielmehr sind die zu entscheidenden Rechtsfragen von hoher Komplexität und nicht durch schlichte Anwendung einschlägiger Vorschriften zu beantworten. Wie nicht nur die Ausführungen des Senats in den Entscheidungen vom 11.09.2013 (VI-3 Kart 198/12) und 18.12. 2013 (VI-3 Kart 195/12), sondern auch die Erwägungen der Verfahrensbeteiligten zur materiellen Rechtmäßigkeit der Vorgaben zur Mittelwertberechnung belegen, erfordert die Bewertung eine umfassende inhaltliche Auseinandersetzung mit Wortlaut und ratio sowie eine Analyse der Systematik der einschlägigen Vorschriften. Angesichts dessen liegt eine Bewertung der Rechtmäßigkeit nicht auf der Hand, sondern eine Klärung der offenen Rechtsfragen kann nur durch eine höchstrichterliche Entscheidung herbeigeführt werden. Allein die – nunmehr gegenstandslosen Entscheidungen des Senats – begründen keine von der Bundesnetzagentur im Rahmen ihres Rücknahmeermessens zu berücksichtigende offensichtliche Rechtswidrigkeit, so dass das Festhalten an der Festlegung sich nicht schon deswegen als schlechthin unerträglich darstellt.

(b). Die Aufrechterhaltung und Anwendung der Festlegung erweist sich auch nicht wegen Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichheitssatz als schlechthin unerträglich.

Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, es komme zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung zwischen Neuanlagen im Rahmen einer genehmigten Investitionsmaßnahme, für die die rechtswidrige Mittelwertberechnung fortgelte und solchen, die nicht im Rahmen einer Investitionsmaßnahme errichtet worden seien, verkennt sie bereits, dass nach den Kriterien des Bundesverwaltungsgerichts nicht die sich

aus den Wirkungen eines bestandskräftigen Verwaltungsakts folgende Ungleichbehandlung das Festhalten an einem rechtswidrigen, bestandskräftigen Verwaltungsakt als schlechthin unerträglich erscheinen lässt. Eine das Rücknahmeermessen beschränkende Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes liegt vielmehr nur vor, wenn die Behörde in gleichen oder ähnlich gelagerten Fällen von ihrer Rücknahmebefugnis Gebrauch macht, in anderen Fällen davon aber ohne rechtfertigenden Grund absieht. Auf den Streitfall übertragen bedeutet dies, dass die Anwendung der Festlegung auf die streitgegenständliche Investitionsmaßnahme sich nur dann als ermessensfehlerhaft erweise, wenn die Bundesnetzagentur die Vorgaben der Festlegung zur Mittelwertberechnung für andere genehmigte Investitionsmaßnahmen nicht heranzöge. Dies ist aber nicht der Fall. Unstreitig wendet die Bundesnetzagentur die Festlegung auf sämtliche genehmigte Investitionsmaßnahmen an.

Dass es infolgedessen zu einer Ungleichbehandlung bei der Aktivierung von Neuanlagen kommt, weil die Mittelwertberechnung im Beschwerdeverfahren gegen die Festlegung der Erlösobergrenzen, nicht aber bei der Genehmigung einer Investitionsmaßnahme angegriffen werden kann, ist darauf zurückzuführen, dass die Bundesnetzagentur die Berechnung der Kapital- und Betriebskosten für Investitionsmaßnahmen mittels Festlegung geregelt hat. Die Ungleichbehandlung folgt aus der Bestandskraft der Festlegung für die von ihr erfassten Regelungsgegenstände. Die Bestandskraft dient ebenso wie die Rechtskraft der Rechtssicherheit (vgl. BVerfG, Beschl. v. 20.04.1982, 2 BvL 26/81, BVerfGE 60, 253 ff.). Dabei handelt es sich – wie ausgeführt – um ein dem Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit grundsätzlich gleichberechtigtes Prinzip. Die Argumentation der Beschwerdeführerin, die Bestandskraft der Methodenfestlegung sei lediglich ein prozessual-formaler Aspekt und stelle keinen sachlichen Grund für die unterschiedliche Behandlung dar, ist somit verfehlt. Dass unterschiedliche Rechtsfolgen für ähnlich gelagerte, jedoch von der Festlegung nicht erfasste Konstellationen eintreten, zwingt die Regulierungsbehörde nicht zu einer Durchbrechung der Bestandskraft. Die Bestandskraft steht einer erneuten gerichtlichen Überprüfung entgegen und hat zur Folge, dass die Behörde nur in den geschilderten engen Grenzen zu einer Aufhebung des Verwaltungsaktes gezwungen ist.

(c). Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, innerhalb der einmonatigen Beschwerdefrist habe sie nicht abschätzen können, ob sie von der Festlegung betroffen

oder die Anwendung der festgelegten Methode zu wirtschaftlichen Nachteilen führen werde, so dass es unverhältnismäßig sei, der Rechtssicherheit den Vorrang einzuräumen, verkennt sie, dass sie den Eintritt der Bestandskraft durch die fristwahrende Einlegung einer Beschwerde hätte verhindern können. Ihr Einwand, insbesondere für „kleinere“ Netzbetreiber sei es kaum machbar, rechtswahrend gegen jede Festlegung vorzulegen, ist unerheblich. Es ist schon nicht ersichtlich, wie etwaige Belastungen anderer Netzbetreiber eine Verpflichtung der Bundesnetzagentur begründen könnten, gegenüber der Beschwerdeführerin die in Rede stehende Festlegung nicht anzuwenden.

(d). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs keineswegs abzuleiten, dass das Prinzip der materiellen Gerechtigkeit einer Anwendung der Festlegung entgegensteht. Mit den von der Beschwerdeführerin in Bezug genommenen Beschlüssen vom 28.06.2011 (EnVR 48/10) und vom 18.10.2011 (EnVR 12/10 und EnVR 13/10) hat der Bundesgerichtshof bestimmt, dass die Bundesnetzagentur nicht von Kalkulationsgrundlagen ausgehen dürfe, die auf der „Grundlage der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ersichtlich unzutreffend“ sind. Unabhängig davon, ob diese Aussagen auf die streitgegenständliche Konstellation einer bestandskräftigen Festlegung zu übertragen sind, fehlt es hier an einer evidenten Rechtswidrigkeit der Festlegung. Anders als in den genannten Fällen liegen zu der Festlegung keine höchstrichterlichen Erkenntnisse vor.

Nichts anderes folgt aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 24.05.2011 (EnVR 27/10). Nach den dortigen Ausführungen, wonach die Selbstverpflichtung bereits die verbindlichen Vorgaben der Festlegung nicht einhielte, kam es vielmehr gerade darauf an, dass eine bestandskräftige Festlegung bestand. Der Hinweis, die Antragstellerin habe diese weder angefochten noch deren formelle oder materielle Rechtmäßigkeit in Zweifel gezogen, ist nicht dahingehend zu verstehen, dass die Rechtmäßigkeit der Festlegung unabhängig von ihrer Bestandskraft grundsätzlich noch Gegenstand einer gerichtlichen Kontrolle sein kann.

(e). Auch aus dem einschlägigen nationalen Fachrecht folgt nicht, dass keine andere Entscheidung als die Nichtanwendung der Festlegung ermessensfehlerfrei wäre. Mit der von der Beschwerdeführerin in Bezug genommenen Änderungsbefugnis des § 29 Abs. 2 EnWG hat der Gesetzgeber dem Prinzip der materiellen Gerechtigkeit

keineswegs unbedingten Vorrang vor dem Prinzip der Rechtssicherheit einräumen wollen. Die Änderung steht im Ermessen der Regulierungsbehörde und soll die Umsetzung neuer Erkenntnisse unabhängig von den strengeren Voraussetzungen der §§ 48, 49 VwVfG ermöglichen. Eine Verpflichtung der Regulierungsbehörden, bestandskräftige Festlegungen permanent einer erneuten Rechtmäßigkeitskontrolle zu unterziehen, ergibt sich daraus nicht. Vielmehr widerspräche eine solche Endloskontrolle der zweistufigen Regulierungssystematik (vgl. dazu die Ausführungen unter 2.b.aa.).

(f.) Das Ermessen der Bundesnetzagentur ist auch nicht deshalb auf Null reduziert, weil die Aufrechterhaltung der Festlegung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten oder gegen Treu und Glauben schlechthin unerträglich wäre. Dem steht bereits entgegen, dass höchstrichterliche Erkenntnisse zur Rechtswidrigkeit der Festlegung nicht vorliegen.

II. Auch der Feststellungsantrag bleibt ausweislich der voranstehenden Erwägungen ohne Erfolg. Die Festlegung BK4-12-656 ist in Rechtskraft erwachsen. Ihre Vorgaben sind von der Beschwerdeführerin zu beachten.

C.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 S. 1 EnWG.

Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Das mit der Beschwerde verbundene Interesse der Betroffenen ist ausweislich der übereinstimmenden Angaben der Verfahrensbeteiligten auf 50.000 Euro zu beziffern.

D.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof gegen diese Entscheidung zugelassen, weil die streitgegenständliche Frage grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 86 Abs. 2 Nr. 1 EnWG hat.

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.

F.

A.