

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 F. und die Richterin am Oberlandesgericht A. auf die mündliche Verhandlung vom 24. Juni 2015

beschlossen:

Die Beschwerde der Betroffenen gegen den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 10.04.2014 (Aktenzeichen: 10002915) wird zurückgewiesen.

Die Betroffene trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Bundesnetzagentur.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf ... EUR festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

A.

Die Betroffene betreibt ein Elektrizitätsnetz in ... mit weniger als 100.000 unmittelbar oder mittelbar angeschlossenen Kunden. Zum ... hat sie mit Pachtvertrag vom ... die Netze der in ... belegenen Ortsgemeinden ... von der Gesellschaft B. gepachtet. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte sie ausschließlich Netze in ... betrieben.

Mit der „Festlegung volatiler Kosten nach § 11 Abs. 5 ARegV zur Berücksichtigung von Verlustenergiekosten in der zweiten Regulierungsperiode“ vom 20.03.2013, BK 8-12/011, stuft die Bundesnetzagentur Verlustenergiekosten als volatile Kosten ein. Danach haben alle Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen im Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur ab der zweiten Regulierungsperiode, beginnend mit dem 01.01.2014, die ansatzfähigen Verlustenergiekosten zu berechnen und entsprechend die Erlösobergrenzen anzupassen (Tenorziffer 1). Die im jeweiligen Kalenderjahr ansatzfähigen Verlustenergiekosten ergeben sich aus dem Produkt des Referenzpreises und der ansatzfähigen Menge (Tenorziffer 2). Die Berechnung des Referenzpreises erfolgt anteilig gewichtet aus dem Baseload-Preis zu 76 % und dem Peakload-Preis zu 24 %. Die ansatzfähige Menge entspricht dem im Rahmen der Bestimmung des Ausgangsniveaus anerkannten Wert des Basisjahres 2011. Eine Mengenanpassung findet nicht statt. Die Festlegung wurde am 20.3.2013 im Amtsblatt der Bundesnetzagentur öffentlich bekannt gemacht.

Im Vorfeld der Festlegung hatte die Bundesnetzagentur den Netzbetreibern als Option die Teilnahme an einer freiwilligen Selbstverpflichtung angeboten und am 04.06.2012 folgende Hinweise veröffentlicht:

„Behandlung der Verlustenergiekosten in der 2. Regulierungsperiode

Am 1. Juni 2012 hat die Beschlusskammer 8 den Verbänden die beabsichtigte Vorgehensweise zur Behandlung der Verlustenergiekosten bei Verteilernetzbetreibern in der zweiten Regulierungsperiode dargelegt.

Danach soll die Praxis der bisherigen freiwilligen Selbstverpflichtung Verlustenergie (FSV Verlustenergie) als volatile Kosten nach § 11 Abs. 5 ARegV festgelegt werden. ...

Basis dieser Festlegung sollen die im Rahmen der Kostenprüfung festgestellten Verlustenergiemengen des Jahres 2011 bilden. Unternehmen im Regelverfahren wird die zusätzliche Option eingeräumt, bei der Beschaffung zu aktuellen Marktkonditionen auf Basis der Mengenbasis der letztmaligen Kostenprüfung entstehende Verlustenergiekosten der gesamten zweiten

Regulierungsperiode über eine zusätzlich abzuschließende freiwillige Selbstverpflichtung refinanzieren zu können....“

Nachdem sie das Verfahren zur Festlegung der volatilen Kosten für Verlustenergie eingeleitet hatte, veröffentlichte die Beschlusskammer 8 am 10.07.2012 entsprechend der Ankündigung vom 04.06.2012 das Angebot einer freiwilligen Selbstverpflichtung Verlustenergie für die zweite Regulierungsperiode mit folgendem Wortlaut:

„Wie in der Internetveröffentlichung vom 4.6.2012 angekündigt, bietet die Bundesnetzagentur - neben der bereits zur Konsultation veröffentlichten Festlegung zu volatilen Kostenanteilen - nun für Unternehmen, die nicht am vereinfachten Verfahren nach § 24 ARegV teilnehmen, als Option eine freiwillige Selbstverpflichtung an, mit der es ermöglicht wird, die unter Berücksichtigung von Anzelelementen festgestellten Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie für wirksam verfahrensreguliert zu erklären. Die freiwillige Selbstverpflichtung ersetzt das gemäß § 11 Abs. 5 ARegV als volatile Kostenanteile am 27.06.2012 auf der Internetseite der Beschlusskammer 8 zur Konsultation veröffentlichte Modell hinsichtlich des Umgangs mit den Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie. Sollten sie sich für die Abgabe der FSV entscheiden, bitte ich sie, den beigefügten Text unterschrieben bis zum 06.08.2012 an die Bundesnetzagentur zu senden“

Ausweislich der Verfahrensbeschreibung in der freiwilligen Selbstverpflichtung setzt der Verteilernetzbetreiber für die gesamte Dauer der zweiten Regulierungsperiode die Verlustenergiekosten an, die sich aus der Multiplikation des auf 54 EUR festgesetzten Referenzpreises und der der Entgeltgenehmigung für das Jahr 2008 zu Grunde liegenden, ansatzfähigen Menge ergeben, so dass eine jährliche Anpassung der Verlustenergiekosten nicht erfolgt.

Unter dem 25.7.2012 gewährte die Beschlusskammer auf ihrer Internetseite eine Fristverlängerung für die Abgabe einer freiwilligen Selbstverpflichtung Verlustenergie bis zum 29.08.2012. Im Folgenden legte sie ausschließlich solche freiwilligen Selbstverpflichtungen als wirksam verfahrensreguliert fest, die fristgerecht beantragt worden waren. Die Anträge von drei Netzbetreibern, die die Erklärung nach dem Stichtag eingereicht hatten, wurden unter Hinweis auf die nicht fristgerechte Ausübung der Option abgelehnt.

Mit Schreiben vom 12.12.2013 teilte die Beschwerdeführerin der Bundesnetzagentur die Übernahme der in ... gelegenen Netze zum .. durch den am ... abgeschlossenen Pachtvertrag mit und beantragte zugleich, sich der freiwilligen Selbstverpflichtung zur

Verlustenergiebeschaffung für die zweite Regulierungsperiode anzuschließen. Sie verwies darauf, dass es ihr nicht möglich gewesen sei, die freiwillige Selbstverpflichtung innerhalb der ursprünglich gesetzten Frist einzureichen, da bis dahin keine rechtssichere Kenntnis über den Wechsel in die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur bestanden habe und beantragte die rückwirkende Verlängerung der behördlichen Frist sowie hilfsweise Wieder-einsetzung in den früheren Stand.

Am 25.03.2014 wurde diese Fragestellung in einem Gespräch zwischen Vertretern der Beschwerdeführerin und der Bundesnetzagentur erörtert. Dabei wurde deutlich, dass aus der Sicht der Bundesnetzagentur eine Teilnahme an der freiwilligen Selbstverpflichtung nicht in Betracht kam. Die nicht juristisch vertretene Beschwerdeführerin bat darum, dass die Bundesnetzagentur ihre Rechtsauffassung schriftlich mitteile, um diese juristisch überprüfen zu lassen. In einem internen Gesprächsprotokoll der Bundesnetzagentur ist festgehalten:

„Die Vertreter der C. bitten um eine schriftliche Stellungnahme, um sie juristisch prüfen zu lassen. Wir haben zugesagt, eine solche Stellungnahme zur Verfügung zu stellen.“

Mit Schreiben vom 10.4.2014, der Beschwerdeführerin durch Postzustellungs-urkunde am 16.04.2014 zugestellt, teilte die Beschlusskammer 8 der Beschwerdeführerin mit, dass eine Teilnahme an der freiwilligen Selbstverpflichtung zur Verlustenergiebeschaffung nicht möglich sei. Zur Begründung verwies sie darauf, infolge der Festlegung BK8-12/011, wonach Verlustenergiekosten für die zweite Regulierungsperiode als volatile Kosten eingestuft worden seien, sei eine Berücksichtigung derselben Kostenanteile als verfahrensregulierte Kosten im Rahmen der Festlegung einer freiwilligen Selbstverpflichtung ausgeschlossen.

Dagegen richtet sich die Beschwerde, mit der die Beschwerdeführerin die Anerkennung und darauf aufbauend die Festlegung der freiwilligen Selbstverpflichtung als wirksam verfahrensreguliert erreichen will. Sie ist der Auffassung, dass die Erklärung der Bundesnetzagentur vom 10.04.2014 einen Verwaltungsakt und nicht einen bloßen Anhörungsentwurf darstelle. Für einen verbindlichen Regelungswillen der Bundesnetzagentur spreche bei verständiger Würdigung bereits die förmliche Zustellung. Dabei handele es sich um eine besondere Form der amtlichen Bekanntgabe von Verwaltungsakten, durch die der behördliche Regelungswille amtlich verlautbart werde. Gegen einen bloßen Anhörungsentwurf spreche auch der abschließende Charak-

ter der Erklärung. Etwas anderes folge schließlich nicht daraus, dass sie eine schriftliche Stellungnahme erbeten habe, um diese juristisch prüfen zu lassen. Insofern habe es sich um die übliche Bitte um einen rechtsmittelfähigen Bescheid gehandelt.

Die Ablehnung des Antrags sei rechtswidrig und verletze sie in ihren Rechten. Sie habe einen Anspruch auf Erteilung der begehrten Festlegung, hilfsweise auf ermessensfehlerfreie Entscheidung. Zwar sei die Bundesnetzagentur im Ansatz zutreffend davon ausgegangen, dass eine Berücksichtigung der Kosten für die Beschaffung von Verlustenergiekosten als wirksam verfahrensreguliert ausscheide, soweit die Festlegung BK8-12/011 vom 20.03.2013 einen Netzbetreiber verpflichte, diese Kosten als volatile Kosten zu berücksichtigen. Voraussetzung für die Ausschließlichkeitwirkung der Festlegung BK8-12/011 sei jedoch, dass der Netzbetreiber vom personellen und sachlichen Anwendungsbereich der Festlegung erfasst sei. Die Bundesnetzagentur verkenne, dass die Festlegung BK8-12/011 gegenüber der Beschwerdeführerin keine Geltung beanspruchen könne, da sie im Zeitpunkt der Bekanntmachung nicht zum Adressatenkreis gehört habe. Die Festlegung gelte nur für die Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen im Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur, in den sie – unstreitig - erst nach Unterzeichnung des Pachtvertrages gelangt sei. Die Festlegung könnte ihr gegenüber allenfalls Wirkung entfalten, wenn sie ihr nach Eintritt in den Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur nochmals gesondert zugestellt worden wäre. Dies sei jedoch nicht erfolgt. Im Ergebnis stehe die Festlegung BK8-12/011 somit einer wirksamen Verfahrensregulierung nicht entgegen.

Darüber hinaus leide die Ablehnungsentscheidung der Bundesnetzagentur auch an einem Ermessensausfall. Sie beschränke sich zu Unrecht darauf, dass die Festlegung Ausschließlichkeitwirkung entfalte und daher die Anordnung einer wirksamen Verfahrensregulierung sperre. Anders als im Falle derjenigen Netzbetreiber, die bis zu dem von der Bundesnetzagentur gesetzten Stichtag eine freiwillige Selbstverpflichtung abgegeben hätten und denen gegenüber die Bundesnetzagentur in ständiger Verwaltungspraxis die Festlegung BK 8 – 12/011 durch eine Festlegung nach § 32 Abs. 1 Nr. 4 ARegV V ersetzt habe, habe sie diese Möglichkeit ihr gegenüber gar nicht erst in Betracht gezogen. Damit leide der Ablehnungsbescheid an einem Ermessensfehler in Form des Ermessensausfalles.

Hilfsweise macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Bundesnetzagentur jedenfalls verpflichtet sei, die Festlegung ihr gegenüber aufzuheben und die Aus-

schließlichkeitswirkung nachträglich zu beseitigen. Insoweit bestehe ein Anspruch auf Gleichbehandlung mit denjenigen Netzbetreibern, gegenüber denen die Bundesnetzagentur so verfahren sei. Sie könne schon deshalb nicht präkludiert sein, weil sie gar nicht in der Lage gewesen sei, durch ihr Verhalten der Bundesnetzagentur Anlass für eine Ersetzungsentscheidung zu geben. Insofern sei es eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung, sie von der Möglichkeit einer Ersetzung der Festlegung BK8 – 12/011 durch eine Festlegung nach § 32 Abs. 1 Nr. 4 ARegV auszunehmen.

Eine unterschiedliche Behandlung vor und nach dem Stichtag abgegebener freiwilliger Selbstverpflichtungen sei nicht mit Vertrauensschutzgesichtspunkten zu rechtfertigen. So habe ein Netzbetreiber, dessen Verlustenergiekosten für die erste Regulierungsperiode als verfahrensreguliert anerkannt worden seien, daraus schon keinen Vertrauensschutz auf Fortbestand dieser Position in der zweiten Regulierungsperiode beanspruchen können. Die Anerkennung als verfahrensreguliert beruhe auf einer Ermessensentscheidung der Bundesnetzagentur für die erste Regulierungsperiode. Es sei offensichtlich gewesen, dass für die zweite Regulierungsperiode eine erneute Ermessensentscheidung zu treffen gewesen sei, die im Ergebnis anders ausfallen können. Jedenfalls müsse aber Vertrauensschutz auch zu ihren Gunsten bestehen, denn sie hätte gegenüber der bisher für sie zuständigen Landesregulierungsbehörde rechtzeitig eine freiwillige Selbstverpflichtung abgeben können. Daran sei sie nur gehindert gewesen, weil die Zuständigkeit der Landesregulierungsbehörde zum ... geendet habe.

Zudem sei sie gegenüber denjenigen Unternehmen, die in den Genuss der freiwilligen Selbstverpflichtung gelangt seien, erheblich schlechter gestellt. Bei Zugrundelegung der Festlegung BK 8 - 12/011 werde für den Ausgleich der tatsächlich entstandenen Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie im Geschäftsjahr ... ein Kostenblock in Höhe von ca. ... EUR weniger in die Erlösbergrenze einfließen. Die Unterdeckung der tatsächlichen Verlustenergiekosten läge bei ca. ... EUR. ...

Die Beschwerdeführerin beantragt,

1. die Beschwerdegegnerin unter Aufhebung ihres Ablehnungsbescheides vom 10.04.2014 (Aktenzeichen: 10002915) zu verpflichten,

entsprechend ihrem Antrag vom 12.12.2013 eine Festlegung nach § 32 Abs. 1 Nr. 4 ARegV zu erlassen, nach der die Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie einer wirksamen Verfahrensregulierung gemäß § 11 Abs. 2 S. 2 und 4 ARegV unterliegen;

2. hilfsweise: die Beschwerdegegnerin unter Aufhebung ihres Ablehnungsbescheides vom 10.04.2014 zu verpflichten, den Antrag der Beschwerdeführerin vom 12.12.2013 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

Die Bundesnetzagentur beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Nach ihrer Auffassung ist die Beschwerde bereits unzulässig, da es sich bei dem Schreiben vom 10.04.2014 mangels Regelungswirkung und Regelungswillen nicht um einen Verwaltungsakt handle. Die Beschlusskammer sei lediglich der Bitte der Beschwerdeführerin um eine schriftliche Stellungnahme nachgekommen, um ihr Gelegenheit zur juristischen Prüfung und Stellungnahme einzuräumen. Es handle sich somit um eine Anhörung zum Schreiben der Beschwerdeführerin vom 12.12.2013. Ein Verfahrensabschluss sei durch das Schreiben nicht bezweckt worden. Das Schreiben stelle sich auch objektiv nicht als Verwaltungsakt dar. So sei eine Anhörung bis dato nicht erfolgt und habe mit dem Schreiben vorgenommen werden sollen. Das Schreiben entspreche ferner nicht dem klassischen Aufbau eines Bescheides der Bundesnetzagentur, wie er den Verfahrensbevollmächtigten der Beschwerdeführerin hinreichend bekannt sei. Es fehle ein Beschlusskammer-aktenzeichen. Zudem sei der Text nicht mit Rubrum, Tenor und Gründen versehen und nicht von den Mitgliedern der Beschlusskammer als Kollegialorgan, sondern lediglich von einem Beisitzer unterzeichnet worden. Das Schreiben enthalte darüber hinaus auch keine Rechtsbehelfsbelehrung. Demgegenüber trete die Zustellung mittels Postzustellungsurkunde zurück.

Jedenfalls sei die Beschwerde unbegründet, da die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Anerkennung ihrer freiwilligen Selbstverpflichtung habe. Sie sei vom persönlichen Geltungsbereich der Festlegung entgegen ihrer Auffassung erfasst. Insofern sei es unschädlich, dass sie im Zeitpunkt der Bekanntmachung der Festlegung nicht

dem Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur unterfallen sei, denn im Moment des Zuständigkeitswechsels entfaltet die im Zuständigkeitsbereich der jeweiligen Behörde geltenden Festlegungen unmittelbar Wirkung. Dies folge formal aus der Zustellungsfiktion in § 73 Abs. 1a S. 1 EnWG. Die dort vorgesehene Ersetzung der Einzelzustellung durch öffentliche Bekanntmachung führe dazu, dass eine Festlegung auch denjenigen Netzbetreibern gegenüber gelte, die nachträglich neu in den Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur einträten. Da die öffentliche Bekanntmachung die Einzelzustellung ersetze, sei bei einem Zuständigkeitswechsel auch eine nachträgliche Einzelzustellung bereits in Kraft getretener Festlegungen gesperrt. Zudem würden Sinn und Zweck einer Festlegung in ihr Gegenteil verkehrt, wenn bei regelmäßigen Änderungen des Personenkreises immer wieder nachträgliche Zustellungen vorgenommen werden müssten.

Die Beschwerdeführerin verkenne zudem, dass das Schreiben vom 10.04.2014 keine Ermessenserwägungen enthalte und auch nicht habe enthalten müssen, da das Verwaltungsverfahren noch nicht abgeschlossen gewesen sei, sondern sich noch im Stadium der Anhörung befunden habe.

Eine Aufhebung der Festlegung gegenüber der Beschwerdeführerin komme nicht in Betracht, da die Festlegung für alle Netzbetreiber im Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur gleichermaßen Geltung beanspruche. Soweit noch nach Erlass der Festlegung BK8-12/011 zugunsten von Unternehmen, die vor dem 29.08.2012 freiwillige Selbstverpflichtungen abgegeben hätten, Festlegungen nach § 32 Abs. 1 Nr. 4 ARegV erlassen worden seien, könne die Beschwerdeführerin keine Gleichbehandlung beanspruchen. Für die zweite Regulierungsperiode habe man den Netzbetreibern, die bereits freiwillige Selbstverpflichtungen abgegeben und entsprechende Beschaffungsvorgänge getätigt hatten, die Möglichkeit geben wollen, zwischen einem System der jährlichen Beschaffungspreisanpassung und einem System der festen Beschaffungspreise wählen zu können, um zu vermeiden, dass die Beschaffungspreise für Verlustenergie erneut – wie in der ersten Regulierungsperiode – zu einem Streitfall werden würden.

Auch wenn man eine Aufhebung der Festlegung inter partes grundsätzlich für möglich halten wollte, sei im Fall der Beschwerdeführerin eine Ausnahme von der Festlegung sachlich nicht geboten. Das der Bundesnetzagentur zustehende Widerrufsermessen sei vielmehr dahingehend auszuüben, dass eine Aufhebung der Festlegung

gegenüber der Beschwerdeführerin nicht erfolgen könne. Die nachträgliche Anerkennung einer freiwilligen Selbstverpflichtung hätte eine unangemessene wirtschaftliche Besserstellung der Beschwerdeführerin zur Folge. Diejenigen Netzbetreiber, denen bis zum Stichtag die Option eingeräumt worden sei, eine freiwillige Selbstverpflichtung einzugehen, seien einer Prognoseentscheidung ausgesetzt gewesen und hätten abschätzen müssen, wie sich die Preise entwickeln würden. Demgegenüber sei die Beschwerdeführerin gerade nicht mit den Unwägbarkeiten einer Prognoseentscheidung konfrontiert, sondern könne sich in Kenntnis der zwischenzeitlichen Preisentwicklung für ein System der festen Beschaffungspreise entscheiden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze mit Anlagen, den beigezogenen Verwaltungsvorgang der Bundesnetzagentur sowie das Protokoll der Senatssitzung vom 24. Juni 2015 Bezug genommen.

B.

Die Beschwerde hat weder mit dem Haupt- noch mit dem Hilfsantrag in der Sache Erfolg.

I. Die mit dem Hauptantrag erhobene Verpflichtungsbeschwerde ist zulässig, aber unbegründet.

Die Verpflichtungsbeschwerde nach § 75 Abs. 3 EnWG ist gegen die Unterlassung einer beantragten Entscheidung statthaft. Die Zulässigkeit setzt voraus, dass der Beschwerdeführer die begehrte Entscheidung zuvor bei der Regulierungsbehörde beantragt hat und mit diesem Antrag keinen bzw. nicht in vollem Umfang Erfolg hatte. Nach Maßgabe dieser Grundsätze ist der Hauptantrag der Beschwerdeführerin als Verpflichtungsbeschwerde statthaft, weil es sich bei den angefochtenen Ausführungen der Beschlusskammer in dem Schreiben vom 10.04.2014 entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur um eine den Antrag auf Anerkennung der freiwilligen Selbstverpflichtung ablehnende Entscheidung der Regulierungsbehörde handelt.

1. 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 Rdn. 22; Hanebeck in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Auflage, § 73 Rdn. 6). Im Streitfall ist zwischen einer verbindlichen Ablehnung des Antrags und einem den Rechtsstandpunkt der

Behörde darlegenden Anhörungsschreiben ohne Regelungscharakter zu unterscheiden (vgl. Pietzcker in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 24. Ergänzungslieferung, § 42 Abs. 1 Rdn. 26). 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 Rdn. 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).

2. Ausgehend vom Wortlaut der von der Bundesnetzagentur gewählten Formulierungen in dem Schreiben sowie angesichts des Ablaufs des Verwaltungsverfahrens stellen die Ausführungen einen Verwaltungsakt dar.

2.1. Dafür spricht zunächst der Wortlaut, der keine Relativierungen oder Einschränkungen dergestalt enthält, dass nach „vorläufiger Einschätzung“ oder nach der „derzeitigen Sach- und Rechtslage“ eine Teilnahme an der freiwilligen Selbstverpflichtung nicht möglich erscheine. Indem unter Bezugnahme auf den Antrag mitgeteilt wird, dass eine Teilnahme an der freiwilligen Selbstverpflichtung „nicht möglich ist“ wird vielmehr der Eindruck vermittelt, dass die Behörde eine abschließende Entscheidung getroffen hat.

Dass das Schreiben vom 10.04.2014 rein äußerlich nicht dem klassischen Aufbau eines Bescheids folgt, da es im Unterschied zu sonstigen Bescheiden kein Aktenzeichen, keinen dem Fließtext vorangestellten Tenor sowie keine Rechtsbehelfsbelehrung enthält und zudem nicht von sämtlichen Mitgliedern der Beschlusskammer unterzeichnet ist, spricht nicht entscheidend gegen die Annahme eines Verwaltungsaktes. Maßgeblich gegen die Annahme einer Rechtsauskunft ohne Regelungscharakter spricht, dass unmissverständliche Hinweise auf den Anhörungscharakter des Schreibens fehlen. Charakteristikum eines Anhörungsschreibens im Unterschied zu einer verbindlichen Bescheidung ist es, dass die Behörde deutlich macht, noch keine abschließende Entscheidung getroffen zu haben, sondern sich noch in einem Abwägungsprozess zu befinden. Dementsprechend wird in einem reinen Anhörungsschreiben dem Antragsteller regelmäßig die Möglichkeit eingeräumt, noch Stellung

zu nehmen und ihm hierfür eine Frist gesetzt. Da das Schreiben weder ausdrücklich als Anhörungsschreiben bezeichnet noch eine Reaktionsmöglichkeit für die Beschwerdeführerin vorgesehen ist, ihr insbesondere keine Frist zur Stellungnahme eingeräumt wird, kann ein objektiver, verständiger Empfänger nicht annehmen, dass die Bundesnetzagentur sich noch in einem Bewertungs- und Abwägungsprozess befindet. Er muss vielmehr davon ausgehen, dass eine Reaktion auf das Schreiben keinerlei Einfluss auf die Entscheidungsfindung und Willensbildung der Bundesnetzagentur mehr haben kann und es sich um die abschließende Bescheidung seines Antrags handelt.

2.2. Der Regelungscharakter entfällt nicht deswegen, weil die Beschwerdeführerin unstreitig um eine schriftliche Stellungnahme der Bundesnetzagentur gebeten hat, um diese juristisch prüfen zu lassen. Ihrer Bitte kann bereits nicht entnommen werden, dass sie nur eine unverbindliche bzw. vorläufige Bewertung der Rechtslage anstrebte. Vielmehr lässt die in dem Gesprächsprotokoll festgehaltene Formulierung durchaus das Verständnis zu, dass die juristisch nicht vertretene Beschwerdeführerin einen verbindlichen Bescheid erwirken wollte, um diesen gerichtlich überprüfen zu lassen. Angesichts des förmlichen Antrags der Beschwerdeführerin und des sodann erfolgten Gesprächs in den Räumen der Bundesnetzagentur bestand aus der Sicht eines objektiven Empfängers Klärungsbedarf und damit hinreichender Anlass für eine verbindliche Regelung. Indem die Bundesnetzagentur eine Anerkennung der freiwilligen Selbstverpflichtung und eine entsprechende Festlegung der Beschaffungskosten als wirksam verfahrensreguliert unter Hinweis darauf ablehnte, dass infolge der Festlegung BK8-12/011 eine Berücksichtigung derselben Kostenanteile als verfahrensregulierte Kosten ausgeschlossen sei, ergab sich nach dem objektiven Empfängerhorizont, dass die Bundesnetzagentur den Sachverhalt einer abschließenden und damit verbindlichen rechtlichen Würdigung unterzogen hatte. Dies gilt umso mehr, als das Schreiben mit Postzustellungsurkunde förmlich zugestellt worden ist. In Verbindung mit den weiteren Umständen konnte die förmliche Zustellung von einem verständigen Empfänger nur dahingehend gewürdigt werden, dass eine verbindlich gewollte Regelung amtlich mitgeteilt werden sollte.

Dass dem Schreiben keine Rechtsbehelfsbelehrung beigefügt worden war, fällt demgegenüber nicht ins Gewicht. Aus § 58 VwGO ergibt sich, dass eine fehlende Rechtsbehelfsbelehrung nicht die Einordnung als Verwaltungsakt entfallen lässt, sondern lediglich zur Verlängerung der Klagefrist führt.

II. Die Beschwerde ist sowohl hinsichtlich des mit dem Hauptantrag verfolgten Verpflichtungsbegehrens als auch hinsichtlich des hilfsweise gestellten Antrags auf Neubescheidung unbegründet.

1. Die Beschwerdeführerin hat keinen Anspruch auf eine Festlegung nach § 32 Abs. 1 Nr. 4 ARegV, nach der die Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie einer wirksamen Verfahrensregulierung gemäß § 11 Abs. 2 S. 2 und 4 ARegV unterliegen.

1.1. Die Bundesnetzagentur hat eine Teilnahme der Beschwerdeführerin an der freiwilligen Selbstverpflichtung zur Verlustenergieschaffung zu Recht unter Hinweis auf die Sperrwirkung der Festlegung vom 20.03.2013 – BK8-12/011 abgelehnt. Diese verpflichtet die Netzbetreiber, Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie als volatile Kosten zu berücksichtigen. Damit ist gemäß § 11 Abs. 2 S. 4 ARegV eine Berücksichtigung derselben Kostenanteile als verfahrensregulierte Kosten im Rahmen der Festlegung einer freiwilligen Selbstverpflichtung ausgeschlossen, denn danach liegt eine wirksame Verfahrensregulierung nur vor, soweit es sich nicht um volatile Kostenanteile nach § 11 Abs. 5 ARegV handelt.

1.1.1. Die Beschwerdeführerin wird vom personellen Anwendungs- und Geltungsbereich der adressatenbezogenen Festlegung BK8-12/011 erfasst, so dass die von dieser ausgehende Sperrwirkung im Hinblick auf eine Anerkennung der Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie als wirksam verfahrensreguliert auch ihr gegenüber besteht. Die Beschwerdeführerin gehört infolge der zum ... durch den Pachtvertrag übernommenen Netze in ... zum Kreis der Elektrizitätsverteilternetzbetreiber im Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur (§ 54 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 54 Abs. 1 EnWG) und damit zum Kreis der Adressaten, für die die Festlegung Gültigkeit beansprucht. Dem steht nicht entgegen, dass sie zum Zeitpunkt des Erlasses und der Bekanntmachung der Festlegung im Amtsblatt am 20.03.2013 noch nicht der Zuständigkeit der Bundesnetzagentur unterfiel. Zum Adressatenkreis zählen diejenigen Netzbetreiber, für die die Festlegung bestimmt ist und denen gegenüber sie dementsprechend bekannt zu geben ist. Die auf § 29 Abs. 1 EnWG gestützte Festlegung enthält Vorgaben zur Verwirklichung eines effizienten Netzzugangs, indem sie für die zweite Regulierungsperiode zuverlässige Rahmenbedingungen im Hinblick auf die sachgerechte Berücksichtigung von Kosten für Verlustenergie schaffen will. Die Festlegung ist damit zum Zeitpunkt ihres Erlasses zukunftsgerichtet (vgl. Schmidt-Preuß,

in: Säcker, EnergieR, 3. Aufl., § 29 Rdn. 50, wonach eine Festlegung die Rechtslage auf Vorrat festlege) und erhebt einen Geltungsanspruch im Hinblick auf sämtliche Netzbetreiber, die zum 01.01.2014 dem Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur unterfallen - unabhängig davon, ob dies bereits im Erlasszeitpunkt der Fall ist.

1.1.2. Obgleich die Beschwerdeführerin dem Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur zum Zeitpunkt der Bekanntmachung der Festlegung noch nicht unterfiel, ist diese ihr gegenüber mit dem Eintritt in den Zuständigkeitsbereich infolge der öffentlichen Bekanntmachung wirksam geworden. Wirksamwerden setzt grundsätzlich Zustellung voraus. Im Streitfall ist die Zustellung der Festlegung gemäß § 73 Abs. 1a S. 1 EnWG durch öffentliche Bekanntmachung ersetzt worden. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin setzt das Wirksamwerden der Festlegung ihr gegenüber eine nachträgliche, individuelle Zustellung nicht voraus. Ihr argumentativer Ansatz, wonach für die Zustellungswirkung der öffentlichen Bekanntmachung dieselben Grundsätze wie für die Individualzustellung zu gelten hätten, steht mit der Funktion und Wirkungsweise der öffentlichen Bekanntmachung nicht in Einklang.

Mit dem in der Vorschrift des § 73 EnWG neu eingefügten Absatz 1a hat der Gesetzgeber die Zustellung von Festlegungen erleichtert. Statt der förmlichen Zustellung an alle Beteiligten nach den Vorschriften des VwZG genügt nunmehr die öffentliche Bekanntmachung in der vorgesehenen Form. Ob die Bundesnetzagentur von dieser Möglichkeit Gebrauch macht oder förmlich zustellt, entscheidet sie nach pflichtgemäßem Ermessen (vgl. Hanebeck, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl., § 73 Rdn. 11). Insofern genügt es bereits, wenn eine „ausreichend große Gruppe“ angesprochen ist (BT-Drucks. 17/6072, S. 93).

Damit unterscheidet sich die öffentliche Bekanntmachung von der durch die förmliche Zustellung beim Betroffenen erfolgenden Individualbekanntgabe dadurch, dass ihre Wirksamkeit gerade nicht vom Zugang der regulierungsbehördlichen Entscheidung beim Betroffenen abhängt. Das durch die förmliche Zustellung gewährleistete Zugangserfordernis wird durch die öffentliche Verlautbarung der Festlegung ersetzt. Diese ermöglicht zwar die Kenntnisnahme, jedoch hängt die Kenntnisnahmemöglichkeit von den konkreten Umständen, insbesondere von der Aufmerksamkeit und dem Interesse ab, da die Festlegung gerade nicht in den Machtbereich des Empfängers gelangt.

Die Wirkungsweise der öffentlichen Bekanntmachung von Festlegungen entspricht vielmehr derjenigen der öffentlichen Bekanntgabe von Verwaltungsakten. Diese wirkt für und gegen jedermann sowie unbeschränkt in die Zukunft und folglich auch gegenüber solchen erst später betroffenen Personen, die zur Zeit der Bekanntgabe noch gar nicht existierten (vgl. dazu Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl., § 41, Rdn. 136, 137; NJW 2010, 1184 f.; Ehlers JZ 2011, 155 f.; Tiedemann, in: Bader/Ronellenfisch, § 41, Rdn. 91). Der Annahme einer Wirkung der öffentlichen Bekanntgabe gegenüber noch nicht Betroffenen und sogar gegenüber noch nicht Existierenden steht der Wortlaut des § 43 VwVfG nicht entgegen, denn daraus folgt nicht zwingend, dass ein Verwaltungsakt gegenüber solchen Personen, die von ihm (noch) nicht betroffen werden, selbst dann nicht wirksam wird, wenn er ihnen bekannt gegeben wird. Etwas anderes ergibt sich auch nicht angesichts der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Wirkung der öffentlichen Bekanntgabe von Verkehrszeichen. Der vom Bundesverwaltungsgericht aufgestellte Grundsatz, wonach die Rechtsbehelfsfrist für eine bestimmte Person erst dann ausgelöst wird, wenn sich diese erstmals dem Schild gegenübersehe, ist nicht verallgemeinerungsfähig. Diese Judikatur versteht sich selbst nicht als Grundsatzentscheidung zur Wirkung der öffentlichen Bekanntgabe von Verwaltungsakten im Allgemeinen, sondern als „Sonder-Rechtsprechung“ zu Verkehrszeichen (vgl. BVerwGE 138, 21 Rdn 14ff.).

Das zur öffentlichen Bekanntgabe von Verwaltungsakten entwickelte Verständnis einer „Ringsumwirkung“ (vgl. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl., § 41, Rdn. 136, 137) ist auf die öffentliche Bekanntmachung von Festlegungen im EnWG zu übertragen, da sich diese in ihrer Funktion nicht von der öffentlichen Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes unterscheidet: Der Verwaltungsakt ist dem Betroffenen bekanntzugeben, erst mit der Bekanntgabe wird er gegenüber dem Betroffenen wirksam (§§ 41, 43 VwVfG). Die individuelle Bekanntgabe, die erst mit Zugang beim Betroffenen erfolgt, kann durch eine öffentliche Bekanntgabe ersetzt werden.

Im Bereich des Energiewirtschaftsrechts setzt Wirksamkeit grundsätzlich ebenfalls Zugang beim Betroffenen voraus. Dieser Zugang ist durch das Zustellungserfordernis des § 73 Abs. 1 S. 1 EnWG gewährleistet, wonach Zustellungen nach den Vorschriften des Verwaltungszustellungsgesetzes erfolgen. Gemäß § 2 VwZG ist Zustellung die Bekanntgabe eines Dokuments. Das Erfordernis der Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes und das Erfordernis der Zustellung einer Entscheidung der Regulierungs-

behörde dienen somit demselben Zweck und haben dieselbe Rechtsfolge - Wirksamwerden der Entscheidung gegenüber dem Betroffenen. Da der durch Zustellung zu bewirkende Individualzugang von bestimmten regulierungs-behördlichen Entscheidungen nach § 73 Abs. 1a EnWG durch eine öffentliche Bekanntmachung ebenso ersetzt werden kann wie die individuelle Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes durch öffentliche Bekanntgabe in den in § 41 Abs. 3 VwVfG bestimmten Fällen, entsprechen sich die Bekanntgabe im Sinne des § 41 Abs. 3 VwVfG und die Bekanntmachung im Sinne des § 73 Abs. 1a EnWG in Funktion und Zielsetzung. Ebenso wie die Bekanntgabe wirkt damit auch die Bekanntmachung für und gegen jedermann sowie unbeschränkt in die Zukunft und folglich auch gegenüber solchen erst später betroffenen Personen, die zur Zeit der Bekanntgabe noch gar nicht existierten. Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin erst nach der Bekanntgabe in den Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur eintrat, ist demnach unschädlich und steht der Wirksamkeit der Bekanntgabe nicht entgegen. Seit dem Eintritt in den Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur gilt die Festlegung BK8-12/011 ihr gegenüber unmittelbar.

Die Annahme, dass die Festlegung gegenüber der Beschwerdeführerin mit deren Eintritt in den Zuständigkeitsbereich der Bundesnetzagentur wirksam geworden ist, impliziert nicht, dass sie ihr gegenüber damit zugleich in Bestandskraft erwachsen ist. Im Streitfall bedarf es jedoch keiner Entscheidung, ob und wann die Festlegung gegenüber der Beschwerdeführerin bestandskräftig geworden ist, denn die Beschwerde richtet sich nicht gegen die Festlegung als solche. Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, dass die Festlegung rechtswidrig und deswegen aufzuheben sei, sondern sie will erreichen, dass die – rechtmäßige - Feststellung ihr gegenüber aufgehoben und durch eine Festlegung nach § 32 Abs. 1 Nr. 4 ARegV ersetzt wird, wonach die Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie einer wirksamen Verfahrensregulierung gemäß § 11 Abs. 2 S. 2 und 4 ARegV unterliegen.

1.2. Die Entscheidung der Bundesnetzagentur, gegenüber der Beschwerdeführerin die Festlegung BK8-12/011 nicht gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG aufzuheben und durch die Anerkennung ihrer freiwilligen Selbstverpflichtung zu ersetzen, ist nicht zu beanstanden. Sie beruht weder auf einem Ermessensausfall noch auf rechtsfehlerhaften Ermessenserwägungen.

1.2.1. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist es unschädlich, dass das Schreiben vom 10.04.2014 keine Ermessenserwägungen bezüglich einer nachträglichen Aufhebung der Festlegung BK8-12/011 gegenüber der Beschwerdeführerin enthält, denn die Bundesnetzagentur hat diesbezügliche Erwägungen in zulässiger Weise im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nachgeholt und eine Aufhebung der Festlegung gegenüber der Beschwerdeführerin abgelehnt. Aus der entsprechend anwendbaren Regelung des § 114 S. 2 VwGO folgt, dass Ermessenserwägungen in allen verwaltungsaktsbezogenen Streitverfahren ergänzt werden können.

Da nach dem – für die rechtliche Einordnung nicht maßgeblichen - Willen der Bundesnetzagentur durch das Schreiben vom 10.04.2014 keine abschließende Regelung ergehen sollte, bestand aus ihrer Sicht schon kein Anlass für weitergehende Ermessensabwägungen bezüglich einer etwaigen Ersetzung der Festlegung BK8-12/011. Durch den Verweis auf die Sperrwirkung der Festlegung beschränkte sie sich vielmehr auf die Angabe des tragenden rechtlichen Gesichtspunktes. Die Ergänzung dieser Begründung um die eine nachträgliche Aufhebung der Festlegung betreffenden Erwägungen ist analog § 114 S. 2 VwGO verfahrens- und materiell-rechtlich zulässig. Insbesondere handelt es sich dabei nicht um ein nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift unzulässiges völliges Auswechseln der Ermessenserwägungen bzw. eine erstmalige Begründung. Indem die Bundesnetzagentur auf die Sperrwirkung der grundsätzlich für sämtliche Verteilernetzbetreiber geltenden Festlegung abstellt, wird bereits deutlich, dass sie im Falle der Beschwerdeführerin keine Ausnahme zulassen will. Die ablehnende Entscheidung ist somit nicht infolge eines Ermessensausfalls rechtswidrig.

1.2.2. Die Bundesnetzagentur hat zu Recht darauf abgestellt, dass die im Vorfeld des Erlasses der Festlegung BK8-12/011 aufgestellten Voraussetzungen dafür, diese durch eine Festlegung nach § 32 Abs. 1 Nr. 4 ARegV zu ersetzen, im Hinblick auf die Beschwerdeführerin nicht vorliegen. Unstreitig hat die Beschwerdeführerin einen entsprechenden Antrag nicht bis zu dem von der Bundesnetzagentur bestimmten Stichtag gestellt.

Soweit die Bundesnetzagentur ihre ablehnende Entscheidung darauf gestützt hat, die Festlegung BK8-12/011 beanspruche gegenüber allen Netzbetreibern gleichermaßen Geltung, ist dies nicht zu beanstanden.

Die Ablehnung, die Festlegung gegenüber der Beschwerdeführerin gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG aufzuheben und durch eine freiwillige Selbstverpflichtung zu ersetzen, verstößt schließlich auch nicht gegen das aus Art. 3 GG folgende Gleichbehandlungsgebot. Eine das Rücknahmeermessen der Bundesnetzagentur beschränkende Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes liegt vor, wenn die Behörde in gleichen oder ähnlich gelagerten Fällen von ihrem Rücknahmeermessen Gebrauch gemacht und die Festlegung BK8-12/011 aufgehoben hat und im Falle der Beschwerdeführerin davon ohne rechtfertigenden Grund absieht. Die Beschwerdeführerin hat jedoch im Unterschied zu allen anderen Netzbetreibern, deren freiwillige Selbstverpflichtungen die Bundesnetzagentur für die zweite Regulierungsperiode anerkannt hat, den Antrag auf Teilnahme an der freiwilligen Selbstverpflichtung nicht fristgerecht eingereicht. Im Hinblick auf die Anerkennungsfähigkeit der freiwilligen Selbstverpflichtung der Beschwerdeführerin liegt somit ein vergleichbarer Sachverhalt vor, der einen Anspruch auf Gleichbehandlung erst begründen könnte, nicht vor.

Eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung folgt entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin auch nicht daraus, dass sie mangels Zuständigkeit der Bundesnetzagentur den Stichtag nicht einhalten konnte. Das mit der Einräumung einer Option für eine freiwillige Selbstverpflichtung erkennbar verfolgte Ziel konnte nur durch eine Stichtagslösung erreicht werden. Für die zweite Regulierungsperiode sollte den Netzbetreibern die Wahl zwischen einem System der jährlichen Beschaffungspreisanpassung und einem System der festen Beschaffungspreise ermöglicht werden. Durch die Teilnahme an der freiwilligen Selbstverpflichtung konnten die Netzbetreiber Planungssicherheit dahingehend erlangen, dass die Kosten der entsprechend der freiwilligen Selbstverpflichtung langfristig beschafften Verlustenergiemengen in der Erlösobergrenze mit einem Referenzpreis von 54 € berücksichtigt werden würden. Ziel der Einräumung dieser Option war es, Auseinandersetzungen über die Höhe der Beschaffungskosten in der zweiten Regulierungsperiode zu vermeiden, indem die Netzbetreiber sich an der in Unkenntnis der Markt- und Preisentwicklung getroffenen Entscheidung festhalten lassen sollten. Dagegen sollte die Einräumung der Option nicht als Mittel zur Kostenoptimierung dienen. Die Netzbetreiber sollten nicht in Kenntnis der Preisentwicklung zwischen einem System der jährlichen Beschaffungspreisanpassung und einem System der festen Beschaffungspreise wählen können.

Im Unterschied zu denjenigen Netzbetreibern, die bis zum Stichtag die Anerkennung der freiwilligen Selbstverpflichtung beantragt hatten, befindet sich die Beschwerde-

führerin jedoch nicht in der Situation, eine Prognoseentscheidung über die erwartete Preisentwicklung treffen zu müssen und sich an dieser auch bei einer für sie ungünstigen Entwicklung der Marktpreise festhalten lassen zu müssen, sondern sie will sich in Kenntnis der Preisentwicklung nunmehr für die günstigere Option entscheiden. Eine Aufhebung der Festlegung und Anerkennung ihrer freiwilligen Selbstverpflichtung dient in ihrem Fall nicht den mit der Einräumung der Option verbundenen Zwecken, insbesondere der Konfliktvermeidung. Die genannten Ziele können nicht mehr erreicht werden, da die Beschwerdeführerin sich in Kenntnis der Preisentwicklung für die Teilnahme an der freiwilligen Selbstverpflichtung entschieden hat; diese führt zu wirtschaftlich günstigeren Ergebnissen als die Anwendung der Festlegung BK8-12/011. Die Einräumung der Option zugunsten der Beschwerdeführerin würde sich entgegen den ursprünglich damit verbundenen Zielsetzungen und im Unterschied zu denjenigen Netzbetreibern, die zum Stichtag eine Prognoseentscheidung zugunsten der Teilnahme an der freiwilligen Selbstverpflichtung getroffen haben, gerade als Instrument zur Kostenoptimierung darstellen. Die Entscheidung der Bundesnetzagentur, ihr die Teilnahme an der freiwilligen Selbstverpflichtung nicht mehr zu ermöglichen, stellt demnach keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung dar.

Schließlich ist es entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin auch unter Vertrauensschutzgesichtspunkten nicht geboten, ihr gegenüber die Festlegung BK8-12/011 aufzuheben und durch eine Festlegung nach § 32 Abs. 1 Nr. 4 ARegV zu ersetzen. Es kann dahinstehen, ob die Bundesnetzagentur durch die Einräumung eines bis zum festgelegten Stichtag bestehenden Wahlrechtes zwischen einem System fester Beschaffungspreise und einer jährlichen Preisanpassung das ihr im Hinblick auf die Festlegung zustehende Aufhebungsermessen rechtmäßig ausgeübt hat oder – wie die Beschwerdeführerin geltend macht – insoweit schon kein schutzwürdiges Vertrauen der Netzbetreiber bestand. Aus einer rechtswidrigen Privilegierung derjenigen Netzbetreiber, die ihre freiwilligen Selbstverpflichtungen bis zum Stichtag eingereicht hatten, könnte die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf eine Gleichbehandlung herleiten. Soweit sie geltend macht, jedenfalls müsse auch zu ihren Gunsten Vertrauensschutz bestehen, denn sie hätte gegenüber der bisher für sie zuständigen Landesregulierungsbehörde rechtzeitig eine freiwillige Selbstverpflichtung abgeben können und sei daran nur gehindert gewesen, weil deren Zuständigkeit zum ... geendet habe, steht dieses Vorbringen bereits in Widerspruch zu ihren Erläuterungen in der mündlichen Verhandlung. Dort hat sie ausgeführt, von einer

Teilnahme an der von der zuständigen Landesregulierungs-behörde vorgesehenen freiwilligen Selbstverpflichtung abgesehen zu haben, weil sie deren Vorgaben als ungünstig bewertet habe. Zudem weist die Beschwerdeführerin zu Recht darauf hin, dass schon kein Vertrauenstatbestand im Hinblick auf die fortwährende Anerkennung der Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie als wirksam verfahrensreguliert bestand.

2. Der Hilfsantrag bleibt ohne Erfolg. Aus den voranstehenden Ausführungen folgt, dass die Ablehnung des Antrags rechtmäßig ist, so dass der Beschwerdeführerin ein Anspruch auf Neubescheidung nicht zusteht.

C.

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

II. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 1 Nr. 2 GKG, § 3 ZPO. Für das mit der Beschwerde verfolgte wirtschaftliche Interesse am Erlass einer Festlegung nach § 32 Abs. 1 Nr. 4 ARegV ist maßgeblich, wie sich die Festlegung BK8-12/011 im Vergleich zu der begehrten Anerkennung der Kosten für die Beschaffung von Verlustenergie als wirksam verfahrensreguliert bereits auf die Erlösobergrenze ausgewirkt hat. Unter Zugrundelegung der Angaben der Beschwerdeführerin, wonach für das Geschäftsjahr 2014 ein Kostenblock in Höhe von ... EUR weniger in die Erlösobergrenze eingegangen ist, ist der Beschwerdewert demnach auf ... EUR 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 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 Satz 2, 80 Satz 2 EnWG).

L.

F.

A.